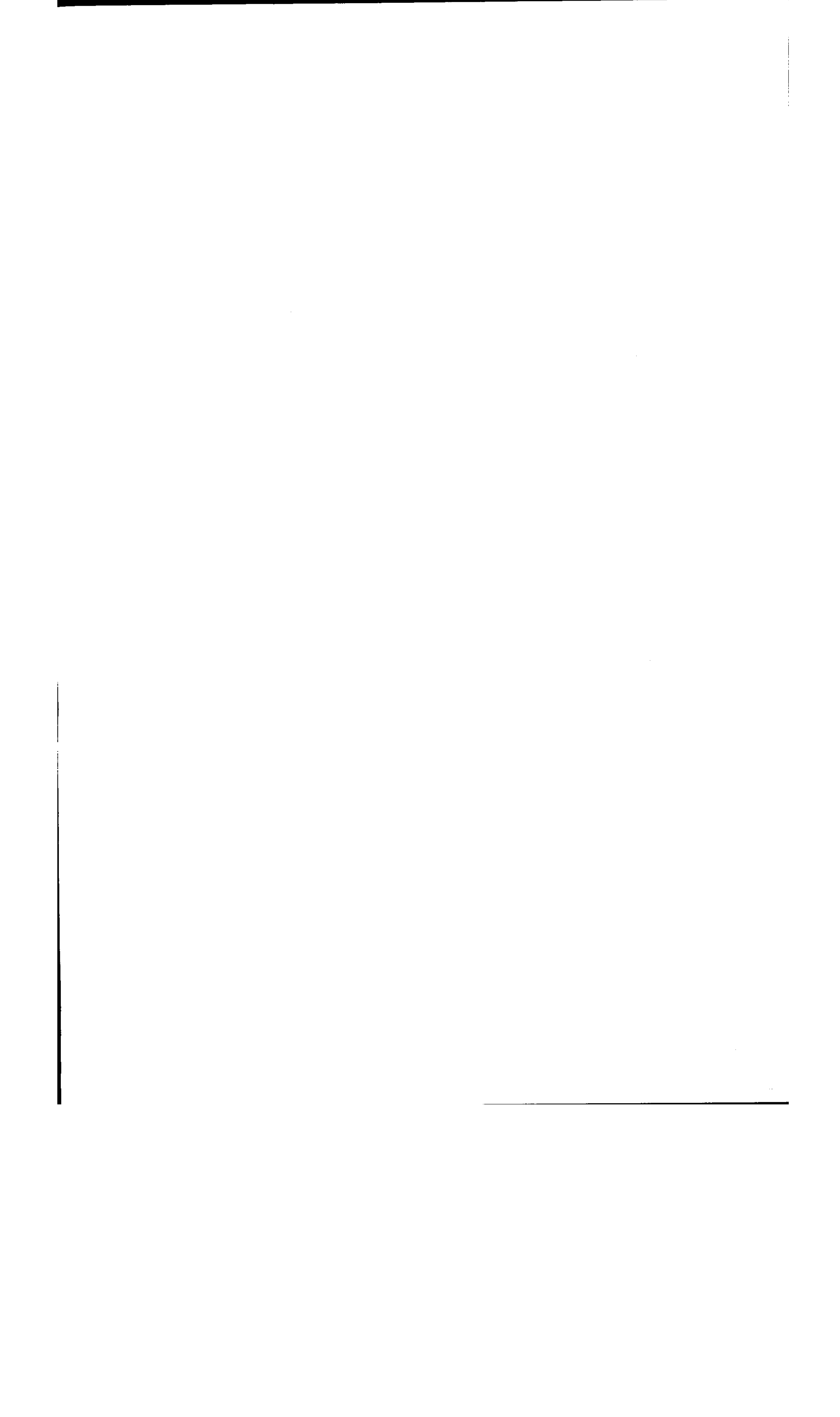
مبادئ القانون

مفهوم القانون، مصادره وتطبيقه، مفهوم الحق وتقسيماته، الشخصية القانونية، مفهوم الإلتزام، مصادره وأحكامه، الإئتمان وسبل حمايته، الاثبات التقليدي والإلكتروني.

٢٠٠٦

دكتور
محمد حسين منصور
أستاذ القانون المدنى - جامعة الإسكندرية

دار الجامعة الجديدة
٣٨ ش سوتير - الأزاريطة - الاسكندرية ت: ٤٨٦٨٠٩٩



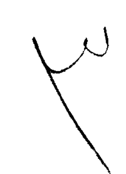
مقدمة

يحكم القانون سلوك الأفراد من خلال تنظيم الروابط وحسم المنازعات فيما بينهم، ويتم ذلك عن طريق تحديد المركز القانوني لكل فرد وما يتضمنه من حقوق وواجبات، سواء في علاقته بالآخرين أو في مواجهة الجماعة التي يعيش فيها.

وإنطلاقًا من ذلك فإن دراستنا تنصب على الأحكام الأساسية والمبادئ العامة للقانون عبر خمس مراحل متوالية: تبدأ بنظرية القانون ببيان مفهومه ومصادره وتطبيقه، ثم نظرية الحق بمفهومه ومقوماته وأنواعه، والشخصية القانونية، الطبيعية والاعتبارية، ومعالمها.

ونعرض بعد ذلك لنظرية الإلتزام بتحديد مفهومه ومصادره، مع إبراز المسئولية القانونية بأنواعها، وبصفة خاصة المسئولية المدنية وفلسفتها التعويضية المتطورة نحو التوسع في جبر الضرر، ثم ننتقل إلى إستعراض أحكام الإلتزام مروراً بتنفيذه وأوصافه وإنتقاله وإنقضائه، ونتناول النظرية العامة للإئتمان من خلال بيان مخاطره والوسائل الكفيلة بضمان حق الدائن وسبل تدعيم مركزه القانوني.

وينتهي بنا المطاف إلى إلقاء الضوء على مبادئ الإثبات وطرقه التقليدية والحديثة أمام التكنولوچيا المتطورة التي أعربت عن ميلاد الإثبات الإلكتروني.



تلغى هذه الصفحة وتنقل للصفحة التالية
بدون برواز

الفصل الأول
نظريـة القانـون

تقتضي دراسة النظرية العامة للقانون تحديد معناه ومضمونه وبيان خصائصه الجوهرية والتعرّف علي أهم تقسيماته وأنواع قواعده. وهذا ما نعرض له في البداية قبل أن نتطرق لدراسة مصادر القانون وتطبيقه والغائه.

المبحث الأول

تعريف القانون وخصائصه

(أ) ضرورة القانون:

الانسان بوصفه كائن اجتماعي يعيش في جماعة معينة تربطه بأفرادها علاقات وروابط متعددة. وهو في دأبه على اشباع حاجاته وغرائزه تنشأ العديد من المعاملات التي غالباما تكون مصحوبة بالمنافسة والمنازعات والاعتداءات.

لذا كانت الحاجة ماسة منذ بدء الخليقة لوجود نواميس للضبط الاجتماعي، ترمي الى استقرار النظام وتحقيق الامن والتوفيق بين الرغبات والمصالح المتعارضة بين الافراد. ونواميس الضبط الاجتماعي متعددة كالاخلاق والدين والتربية والقانون .

ويعتبر القانون من أهم وسائل الضبط الاجتماعي نظراً لشموله وتغطيته كافة جوانب المعاملات في الجماعة، هذا بالاضافة الى صفته الملزمة.

ويقوم القانون بتنظيم العلاقات من خلال تحديد ما لكل فرد وماعليه. فهو يحمي المصالح المشروعة ويدافع عنها بتقريره للحقوق، وهو في نفس الوقت يبين واجبات الافراد تجاه البعض وتجاه جماعتهم، من خلال تحديد الالتزامات.

فبيان الحقوق وتحديد الالتزامات هو رسالة القانون الأولى، إلا أن تلك الرسالة قد اتسعت أبعادها وزاد مضمونها في العصر الحديث، إذ أصبح القانون أداة فعالة لإحداث التغيرات الاقتصادية والاجتماعية في الجماعة، فالقوانين الاقتصادية تلعب دوراً هاماًفي تنفيذ الخطة واستقرار الاقتصاد القومي.

وتساهم القوانين ذات الطابع الاجتماعى فى اعادة توزيع الدخول وحماية الطبقات الضعيفة. وتلعب القوانين العامة أو السياسية دوراً هاماً فى رسم أبعادالنظام السياسى واستقراره من جهة وتنظيم علاقة السلطة بالمواطنين من جهة أخرى.

وعلى هذا فإن دراسة مبادئ القانون تقتضى منا التعرض فى البداية لنظرية القانون من خلال بيان مفهومه ومضمونه، ثم نشأته وتطبيقه والغائه ثم نستتبع ذلك بدراسة نظرية الحق للتعرف على ما قد يقابل ذلك من التزامات منبثقة عن تنظيمه والاعتقاد الجماعى بوجوب تطبيقه وقيام السلطة على ضمان تنفيذه واحترامه.

وحتى فى المجتمعات البدائية وجد القانون الذى تمثل غالبا فى مجموعة من التقاليد والأعراف التى اعتبرت اساساً للحياة المشتركة فيها، وكانت تلك التقاليد تنظم روابط الاسرة أو العشيرة وتوزيع الثروات (أراضى - مراعى - تبادل) وأسس المعاملات. وكان رب الاسرة أو العشيرة هو الذى يتكفل بتوقع الجزاء على من يخالف تلك الاعراف.

إلا أن تطور المجتمع الانسانى وميلاد السلطة المنظمة أضفى على القانون طابعاً متكاملاً من الشمول والاصدار والتدوين وضمان وحسن التطبيق، بل وتخطى الامر ذلك كما سنرى، فلم يعد القانون قاصراً على تنظيم العلاقات وحسم المنازعات واقرار الامن، بل وتطور ليقيم العدالة بين افراد الجماعة من خلال حماية وتدعيم الطبقات الضعيفة، وأصبح القانون كذلك أداة فعالة فى يد الدولة للنهوض بالجماعة من خلال تحقيق خطط وبرامج ذات طبيعة اقتصادية واجتماعية.

(ب) مفهوم القانون:

القانون هو مجموعة القواعد التى تنظم سلوك الافراد فى الجماعة.

وتعمل السلطة العامة على احترام تطبيق هذه القواعد من خلال توقيع الجزاء على من يخالفها. ومن هذا التعريف يمكن لنا ان استخلاص أهم الخصائص التى تميز القواعد القانونية.

(ج) خصائص القاعدة القانونية:

من التعريف السابق يتضح لنا أن القاعدة القانونية تتميز بخصائص ثلاث هى:

١- القاعدة القانونية تعتبر قاعدة سلوك اجتماعى.

٢- وهى تتسم بالعمومية والتجريد.

٣- وهى تكون مصحوبة بجزاء توقعه السلطة العامة على من يخالفها.

١- القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعى:

القانون يرتبط بوجود الجماعة. فوجود الانسان داخل المجتمع هو الذى يحتم ظهور القانون، حيث ينظم علاقة الفرد بغيره ويوفق بين المصالح المتضاربة. ومن ثم فان القانون لا يوجد إلا حيث يوجد مجتمع بشرى .

والقانون من جهة أخرى، يقوم بتنظيم سلوك الأفراد فى الجماعة، فالقاعدة القانونية قاعدة سلوكية بمعنى انها تنصب على الاهتمام بسلوك الانسان أى بعمله الظاهر، وهذا ما يميز القانون عن الاخلاق والدين حيث يعتدان بالنوايا والمقاصد أما القانون فهو ظاهرة اجتماعية، ومن ثم فهو لا يهتم إلا بما يظهر فى المجتمع.

فالقانون يهتم بالسلوك الخارجى أما الظواهر الداخلية كالمشاعر والاحاسيس (مثل الحقد والكراهية) فلا يهتم بها القانون إلا إذا كانت وراء تصرف خارجى يخالف القانون كالسرقة أو القتل فهنا يعتد القانون بالنية كعامل تشديد أو تخفيف للعقوبة.

وتعتبر قوانين الطبيعة قواعد تقريرية أى تقتصر على تقرير وتحليل ما هو كائن أى ما يحدث بالفعل مثل قانون الجاذبية أو قانون غليان الماء بالتسخين. أما القواعد القانونية فتعتبر ذات طبيعة تقويمية وذلك لأنها تنصب على السلوك الانسان وتبين ما ينبغى أن يكون عليه هذا السلوك، فهى تخاطب الإرادة بهدف تكليفها بالسلوك الواجب اتباعه .

٢- القاعدة القانونية عامة مجردة:

القاعدة القانونية لا تخاطب شخصاً معيناً بذاته بل توجه الى الأفراد بصفاتهم، وهى لا تواجه فرضاً معيناً بالذات بل هى تحدد الشروط اللازم توافرها لتطبيقها. فعند نشوء القاعدة القانونية لا تكون مرتبطة بشخص أو بواقعة معينة بل تطبق على جميع الاشخاص والوقائع التى تتوفر فيهم شروط وصفات معينة.

فالقاعدة القانونية تعتبر عامة من حيث تطبيقها، وهى مجردة من حيث نشوئها، أى لا تنشأ لحالة معينة بالذات بل لكل الحالات المماثلة فى المستقبل.

فالقانون عندما ينص على أن كل من يرتكب خطأ يسبب ضرراً للغير يلتزم بالتعويض، يعبر عن حكم عام مجرد، هذا الحكم وهو الزام المخطئ بالتعويض، ولا ينصرف الى شخص معين أو واقعة معينة، بل يطبق تطبيقاًعاماً على كل من يرتكب خطأ يترتب عليه ضرر.

أما الحكم الذى يتناول واقعة معينة أو يواجه شخصاً محدداً فانه لا يعتبر قاعدة قانونية بل حكماً فردياً مخصصاً، كصدور قرار بترقية موظف معين أو بمنح الجنسية لشخص محدد، أو القرار الصادر بنزع ملكية أرض معينة للمنفعة العامة، فهنا نحن بصدد أمر أو مجرد قرار فردى.

وصفة العموم لا تعنى تطبيق القاعدة على كل الافراد ، بل يمكن أن يقتصر تطبيقها على مجموعة محدودة منهم كطائفة أو فئة معينة، كالقوانين التى تنظم مهنة أو نشاط معين، فهى تخص أبناء المهنة فقط إلا أنها عامة ومجردة لأنها تخاطبهم بصفاتهم وليس بذواتهم .

٣- القاعدة القانونية مصحوبة بجزاء:

القاعدة القانونية ليست مجرد توصية أو نصح أو إرشاد ، بل هى أمر أو تكليف، فهى حكم ملزم لابد من الامتثال له والتقيد به وإلا تعرض المخالف للجزاء المقترن بهذا الحكم .

فالهدف من وجود القانون يقتضى تطبيق وكفالة احترامه. هذا الاحترام يتم فى الاغلب من الاحوال تلقائياً أى يقوم الافراد بالتصرف طبقاً للحكم القانونى من تلقاء أنفسهم اقتناعاً منهم بالصفة الملزمة للقانون لأنه يتفق وظروفهم الاجتماعية والاقتصادية وعاداتهم، ويكمن لديهم الدافع الوطنى فى مثالية القانون وضرورته لاستقرار وأمن المجتمع. وكلما كانت القاعدة القانونية متفقة مع ظروف وحاجات الجماعة زادت فرص تطبيقها واحترامها واستجابة الافراد لها تلقائياً ، أما فى غير ذلك فإن الخضوع الاجبارى هو السبيل لتطبيق القانون، وهذا يعد فى ذاته دلالة على تعيب القاعدة القانونية.

والجزاء كأثر لمخالفة القاعدة القانونية، يقصد به الضغط على ارادة الأفراد للأمتثال لأوامر القانون ونواهيه واحكامه،لذا فهو يتميز بعدة صفات:

- أن الجزاء يعتبر حال غير مؤجل، أى يطبق بمجرد وقوع المخالفة.
- يأخذ الجزاء طبيعة مادية أو مظهراً حسياً خارجياً ملموساً.
- تقوم بتوقيعه السلطة العامة على المخالفين.

والجزاء بالصفات السابقة يختلف عن الجزاءات الدينية التى تكون احياناً مؤجلة الى الحياة الأخرى، وعن الجزاءات الأخلاقية التى تقتصر على مجرد تأنيب الضمير، وعن الجزاءات الفردية التى يوقعها الافراد أنفسهم وتأخذ صورة القصاص أو الانتقام .

والجزاء القانونى له عدة صور تختلف بحسب طبيعة ونوع القاعدة القانونية التى خولفت.

فهناك **الجزاء الجنائى** الذى يقوم على أساس حماية حق المجتمع فى السكينة والأمن والنظام، فهو يفرض لاعتبارات المصاحة العامة والنظام العام لذا فهو يعتبر أقسى أنواع الجزاء، إذ يتمثل فى العقوبات التى يقررها القانون للجرائم المختلفة، وتقدر شدة العقوبة حسب درجة خطورة الفعل الاجرامى ومدى مساسه بالمصلحة العامة. وتنقسم الجرائم من حيث الخطورة الى جنايات وجنح ومخالفات، وتتدرج عقوبتها من الاعدام الى الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة الى السجن ثم الحبس وقد تكون العقوبة مالية كالغرامة أو المصادرة.

وهناك **الجزاء المدنى** الذى يوقع فى حالة مخالفة قاعدة تحمى مصلحة خاصة أو حق خاص بفرد من الافراد وهو يأخذ عدة صور:

- صورة الجزاء المباشر أو التنفيذ العينى، أى جبر الفرد على القيام بتنفيذ ما لم يقم بتنفيذه مختاراً، كالحكم بطرد المستأجر من العين المؤجرة أو الحجز عى أموال المدين وبيعها بالمزاد العلنى حتى يستوفى الدائن حقه من ثمنها.

- محو أثر المخالفة أى إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع المخالفة وذلك كالحكم بهدم الحائط المبنى فى ملك الجار أوالحكم ببطلان العقد المخالف للنظام العام، وكالحكم بفسخ عقد البيع الذى لم يقم أحد أطرافه بتنفيذ التزامه.

- التعويض، أى الحكم بدفع مبلغ نقدى بهدف اصلاح الضرر الذى أصاب الغير، فالتعويض يعتبر بديلاً للتنفيذ العينى لانه يصعب أحياناً إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع المخالفة.فمن يصاب فى حادثة بعاهة مستديمة يحصل على تعويض من المتسبب فى الضرر لانه يصعب محو أثر العاهة .

وقد يجتمع الجزاء الجنائى والجزاء المدنى فى نفس الحالة، فمن يقتل شخصاً عمداً مع سبق الأصرار والترصد يعاقب بالأعدام، ويلتزم فوق ذلك بدفع مبلغ من المال لورثة القتيل تعويضاً عن الأضرار المادية والادبيةالتى أصابتهم من جراء الفعل .

(د) تفرقة القانون عن القواعد الاجتماعية الأخرى:

القواعد القانونية لا تنفرد وحدها بتنظيم كل نواحى الحياة الاجتماعية المتعلقة بسلوك الافراد فى الجماعة، إذ توجد الى جانبها أنواع أخرى من القواعد التى تفرض على الافراد سلوكاً معيناً وتورد على حريتهم بعض القيود ، مثل قواعد الدين ومبادئ الأخلاق وقواعد المجاملات، إلاأن هذه القواعد تختلف عن القواعد القانونية.

١- القانون والدين:

يتمثل الدين فى مجموعة من المعتقدات والاحكام التى يعتقد مجموعة من البشر أنها بوحى من عندالله. وتتضمن تلك المجموعة أحكاماً تتعلق بالعقيدة وواجب الانسان نحو ربه ونحو نفسه وتسمى بالعبادات، كما تتضمن الى جانب ذلك أحكاماً أخرى تسمى بالمعاملات ترمى الى تنظيم روابط الافراد وعلاقاتهم وذلك كتحريم القتل والسرقة والغش وواجب الوفاء بالعهد ... هذه الأحكام هى التى تشبه بأحكام القانون.

ومع ذلك فهناك فارق بين النوعين من الاحكام، فالدين أوسع نطاقاً من القانون لأنه يهتم بالمثاليات وبالنوايا الحسنة والمعتقدات، أما القانون فلا يعنى أساساً إلابالسلوك. أضف الى ذلك أن الجزاء فى الدين غالباً ما يكون ذا طبيعة معنوية تتصل بالثواب والعقاب فى الحياة الآخرة ويكون أحياناً دنيوياً ومادياً يطبق حالاً، أما القانون فالجزاء فيه دائماً ذا طبيعة وضعية ومادية ودنيوية.

إلاأن ذلك لا يعنى الانفصال بين الدين والقانون فهناك مجالات مشتركة بينهما فى مسائل المعاملات، بل القانون كثيراً ما يستمد من الدين كما سنرى.

٢- القانون والأخلاق:

يقصد بالأخلاق مجموعة المبادئ والأفكار التى تستقر فى ضمير الجماعة كحصيلة لتراثها وتاريخها ومعتقداتها الدينية وما ينطوى عليه ذلك من أفكار سياسية واجتماعية واقتصادية. وهى قواعد سلوك اجتماعى ترمى الى تنظيم علاقات الانسان والارتقاء به إلا أنها تختلف عن القانون من عدة وجوه:

- هناك مجالات مشتركة بين القانون والأخلاق كتحريم القتل والسرقة، إلا أن هناك مسائل يهتم بها القانون دون الاخلاق كتنظيم المرور وتحديد طرق الطعن فى الاحكام، والأخلاق تقيم وزناً لبعض المسائل مثل المروءة والشهامة وعدم النفاق، ولا يهتم بها القانون.
- تهتم الاخلاق بالسلوك والنوايا أما القانون فيقتصر من حيث المبدأ على المظاهر الخارجية لسلوك الانسان.
- الجزاء القانونى يكون ذا طبيعة مادية أما الجزاء الأخلاقى فيقتصر على الاستنكار من قبل الناس وتأنيب الضمير.

- وأسباب الاختلاف السابق تكمن في اختلاف الغاية بين القانون والأخلاق. فالأخلاق غايتها فردية أى ترمى الى الارتقاء بالفرد فى ذاته وهى غاية مثالية تصبو الى السمو بالانسان، أما القانون فهو أكثر واقعية ومن ثم يقتصر على المسائل ذات الاهمية الاجتماعية التى من شأنها حفظ الأمن والاستقرار فى الجماعة، بل أن القانون فى سبيل تحقيق الاستقرار يضحى أحياناً ببعض المبادئ الخلقية، مثال ذلك اباحة امتناع المدين عن الوفاء بالدين إذا انقضت مدة معينة دون أن يطالبه الدائن وهذا ما يسمى بالتقادم المسقط لان استقرار النظام فى المجتمع يستلزم ذلك، بينما تقتضى الأخلاق بأن يفى المدين بدينه مهما طال الزمن.وكذلك يبيح القانون الربا بحجة الاسثمار وتنمية الاقتصاد فى الوقت الذى تمنع ذلك قواعد الأخلاق.

٣-القانون والمجاملات:

تتمثل العادات والمجاملات فيما يجرى الناس على اتباعه من تقاليد فى حياتهم كطريقة الملبس وقواعد التحية والتهنئة والعزاء.

ورغم أن هذه القواعد ترتبط بالسلوك الانسانى إلاأنها تختلف عن القانون من عدة وجوه. أولها أن الجزاء فى الأولى يقتصر على مجرد استنكار أو استهجان الناس بينما يتمثل الجزاء القانونى فى الاجبار الذى تقوم السلطة العامة بتوقيعه على المخالف. واختلاف الجزاء يرجع الى اختلاف الموضوع وطبيعة المصالح التى يقوم على تحقيقها كل من القانون والمجاملات. فالمجاملات تقوم على مصالح أقل أهمية بكثير من المصالح موضوع القواعد القانونية.

ولكن ذلك لايمنع من وجود بعض العادات الاجتماعية والمجاملات التى تتأصل فى الجماعة وتصبح ذات دور هام فى التنظيم الاجتماعى

على نحو يتولد الشعور العام بضرورة احترامها. فهنا يتدخل المشرع ويجعل منها قاعدة قانونية، مثال ذلك ماتنص عليه قوانين بعض الدول من ضرورة ترك بعض مقاعد المواصلات العامة للعجزة والمسنين، فمثل تلك القوانين كانت فى الأصل مجرد عادات ومجاملات.

(هـ) مضمون القانون:

يستمد القانون جوهره وموضوعه من مصدرين أساسين، الأول مثالى والثانى واقعى. فالمدرسة الواقعية ترى فى القانون تعبيراً عن مشاكل وحقائق الحياة الاجتماعية أى ظروف الواقع المحيطة بالناس فى الجماعة كالظروف الجغرافية والاقتصادية والقوى السياسية الاجتماعية، أضف الى ذلك النزعات الاخلاقية والدينية والتراث التاريخى.

أما المدرسة المثالية فترى فى القانون تعبيراً عن العدل الذى يستمده العقل من المثل العليا التى تستهدف الكمال، أى أن القواعد القانونية تتضمن ما يفرضه العقل من مبادئ ضرورية لسمو وتقدم الانسان.

إلاأن القانون فى العصر الحديث يعد تعبيراً عن المدرستين فهو يستند الى الواقع والمثال فى نفس الوقت.

فالعوامل الطبيعية، سواء ترجع إلى طبيعة المجتمع أو طبيعة الانسان، تؤثر فى تحديد جوهر القواعد القانونية. فتحديد سن الاهلية للزواج مثلاً يتوقف كثيراً على طبيعة المناخ فى المجتمع، إذ يتم النضج الجسمانى والجنسى فى سن مبكرة أو متأخرة تبعاً لطبيعة جو كل مجتمع، وتبعاً لكثرة أو قلة النسل، ولازدياد ثروة الجماعة أو فقرها، تحدد كل جماعة سياستها بشأن إعطاء الاجانب جنسيتها فتشجع التجنس أو تحد منه.

وتبعاً لموقع المجتمع، يزداد الاهتمام بوضع نوع معين من القواعد القانونية يحتمه هذا الموقع، فمجتمع يوجد فى جزيرة أو تحده سواحل وشواطئ، يضطر الى التجارة عبر البحار مع غيره من المجتمعات فيظفر فيه القانون التجارى والبحرى بحظ عظيم.

وتلعب العوامل الاقتصادية دوراً بارزاً فى تشكيل القواعد القانونية، فطرق الانتاج والعلاقات الناشئة عنها تحتاج الى تنظيم قانونى معين. فالنشاط التجارى يستتبع تنظيم الشركات ووضع قواعد خاصة بالنقل والمشروعات الاقتصادية والقوى المسيطرة عليها هذا بالاضافة الى تنظيم العلاقة بين الطبقة الرأسمالية والطبقة العمالية.

ويعتبر القانون كذلك انعكاساً لكثير من الافكار السياسية والاجتماعية السائدة فى الجماعة، فالأفكار الحديثة المتعلقة بحرية الانسان والمساواة أدت الى الغاء الرق وتزايد القوانين التى تكفل حقوق الانسان وحرياته الفردية والاجتماعية وذلك كالحقوق السياسية والنقابية والشخصية. وكذلك تدخل الدولة لحماية الطبقات الضعيفة فى مواجهة الطبقة المستغلة من خلال التأمينات والضمان الاجتماعى الى غير ذلك.

وتؤثر العوامل الدينية والاخلاقية بدورها فى تحديد ملامح النظام القانونى، فالدين فى مصر هو العامل الاول فى تحديد مضمون قوانين الأحوال الشخصية المتعلقة بالأسرة والمواريث والوصية.

ولايمكن للنظام القانونى أن يتجاهل الحقائق التاريخية التى تتكون فى المجتمع على مر العصور وتتوارث جيلاً بعد جيل، فالقانون يأخذ تلك الحقائق فى الحسبان ولكنه يعمل على تطويرها طبقاً لمعطيات الحاضر، فالزواج يعتبر حقيقة تاريخية ثابتة يقوم القانون بتنظيمها من خلال تحديد شروطه وأثاره والسلطة المختصة بالرقابة عليه.

والعوامل السابقة كلها تعتبر من قبيل الحقائق التجريبية التى تدخل فى تشكيل جوهر القانون. يضاف الى تلك الحقائق نوعاً أخر ألا وهو الحقائق الفكرية التى تشمل الحقائق العقلية والحقائق المثالية.

فالحقائق العقلية تتمثل فى الأصول الضرورية التى يستخلصها العقل من طبيعة الانسان واتصاله بالمجتمع، لذا فهى ثابتة وخالدة وتعتبر من قبيل المسلمات، وذلك كقيام الزواج على الارتباط الشرعى بين الرجل والمرأة.

أما الحقائق المثالية فتتمثل فى الآمال والمطامح الانسانية فى التقدم والرقى، أى تتضمن الاتجاهات والنزعات المثالية بهدف الوصول الى تنظيم منشود للعلاقات الاجتماعية، كالرغبة فى وضع التنظيم القانونى للأسرة على نحو يضفى عليها الاستقرار والسعادة.

المبحث الثانى

تقسيمات القانون

أدى تنوع العلاقات الاجتماعية فى الجماعة وتعددها الى تنوع القواعد القانونية التى تحكمها وتعددت بالتالى فروع القانون وتقسيماته ومن جهة أخرى أدى تفاوت المصالح التى تحميها تلك القواعد فى الاهمية الى تقسيم مماثل لها من حيث قوة الزامها. ونتناول تلك التقسيات فيما يلى.

المطلب الاول

القواعد الآمرة والقواعد المكملة

(أ) أساس التقسيم:

ينظم القانون علاقات الافراد بطريقة تختلف حسب طبيعة وأهمية المصلحة موضوع العلاقة. فإذا تعلق الأمر بموضوع وثيق الصلة بالجماعة، عظيم الاثر فى حياتها، تدخل القانون لتنظيمه بقواعد ذات طبيعة أمرة تتسم بالالزام الذى لايسمح فيه للافراد بالاتفاق على ما يخالفه.

أما فى حالة تعلق الامر بمصالح خاصة بالافراد فإن القانون يترك جرية تنظيم هذه المصالح وفقاً لما يرتضونه، إلاأنه يضع فى نفس الوقت قواعد لتنظيم هذه المصالح تطبق فى الحالة التى لايتفق فيها الافراد على حكم معين، تلك القواعد تسمى بالقواعد المكملة.

فالقواعد الآمرة هى التى لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة حكمها، وإذا حاول الأفراد مخالفة هذه القواعد وقع تصرفهم باطلاً لا يعتد به قانوناً، ومن أمثلة القواعد الآمرة تلك المتعلقة بمنع الاعتداء على جسم الأنسان أو ما له، وتلك المرتبطة بالضرائب، وتلك التى تعين

المحرمات من النساء. فقد قدر المشرع أن مثل هذه الامور تتعلق باقامة النظام فى الجماعة، ومن شأن السماح للأفراد التعديل فيها أن يؤدى الى المساس بالمصالح الأساسية للمجتمع.

أما القواعد المكملة فهى تلك التى يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، أو هى التى تكمل ارادة الافراد فى تنظيم المسائل التى تتعلق بمصالحهم ويترك لهم القانون حرية تنظيمها. فالأفراد فى معاملاتهم يتفقون أحيانا على المسائل الجوهرية دون التفصيلية أو الثانوية التى كثيراً ما يثور بصددها العديد من المنازعات بعد ذلك. لهذا يضع القانون أمام الافراد نموذجاً فى صورة قاعدة مكملة إن شاءوا أخذوا بحكمه وإن شاءوا اتفقوا على ما يخالفه أى أنه فى حالة سكوت الأفراد عن تنظيم المسألة طبق الحكم الذى أورده القانون فى القاعدة المكملة.

ومن أمثلة القواعد المكمله التى تقضى بأن ثمن المبيع يدفع فى مكان ووقت تسليم المبيع، فهى تطبق إذا لم يتفق الافراد على مكان ووقت اخر للوفاء بالثمن. كذلك القاعدة التى تقتضى بأن نصيب كل من الشركاء فى الارباح والخسائر يكون بنسبة حصته فى رأس المال، يستطيع الشركاء الاتفاق على التوزيع بنسب تختلف عن ذلك، ولكن القاعدة تطبق فى حالة عدم الاتفاق على ما يخالفها.

(ب) صفة الالزام فى القاعدة القانونية المكملة:

لاشك ان كل قواعد القانون تعتبر ملزمة. وصفة الالزام تبدو واضحة فى القواعد الآمرة. أما القواعد المكملة فنظراً لأمكان الاتفاق على ما يخالفها فإن صفة الالزام تبدو محل شك أو تساؤل.

تعتبر القواعد المكملة ملزمة هى الأخرى ولكن هذا الالزام مرهون بشرط هو عدم الاتفاق على ما يخالفها. فهذا الشرط لازم لتطبيق

القاعدة القانونية ولا ينفى عنها وصف الالزام، كل ما فى الامر ان كل قاعدة قانونية تتطلب شروطاً معينة لتطبيق حكمها، ومن شروط تطبيق القاعدة المكملة عدم وجود اتفاق مخالف.

(ج) معيار التفرقة بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة:

نظراً للاختلاف الهام بين القواعد الامرة والقواعد المكملة كان من الضرورى وضع معيار للتفرقة بين النوعين من القواعد. وهناك معياران فى هذا الصدد:

أولاً: المعيار المادى واللفظى: ويقوم على أساس الرجوع الى عبارات النصوص القانونية نفسها. فقد تتضمن القاعدة القانونية نفسها عبارة تعبر عن طبيعتها.

فالقاعدة الآمرة قد تتضمن فرض عقوبة على من يخالفها مثل قواعد قانون العقوبات التى تعتبر كلها آمرة، وقد تنص القاعدة على بطلان كل اتفاق مخالف لها أو عدم الاعتداد به. مثال ذلك النص الذى يقضى بان التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة يقع باطلاً ولو كان برضاه. والقاعدة التى تقرر بأنه إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو خسائرها كان عقد الشركة باطلاً.

ومن أمثلة القواعد التى تدل النصوص على صفاتها المكملة تلك التى تقضى بأن نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك. وتلك التى تقضى بأن يكون ثمن المبيع مستحق الوفاء فى مكان وزمان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك.

ففى الحالات السابقة تدل عبارات النص بوضوح على طبيعة القاعدة ومدى جواز الاتفاق على ما يخالفها إلا أنه كثيراً ما لاتتضمن القاعدة

القانونية ما يفيد التعرف على كونها آمرة أو مكملة، لذلك يتم اللجوء الى معيار أخر وهو المعيار المعنوى.

ثانياً: المعيار المعنوى ومقتضاه ان القواعد التى تتعلق بالمصالح الاساسية والحيوية فى الجماعة تعتبر ذات طبيعة آمرة وهذا ما يعبر عنه بالنظام العام والآداب.أى أن القواعد الآمرة هى تلك التى تتعلق بالنظام العام والآداب أما القواعد المكملة فتتعلق بالمصالح الخاصة بالافراد. لكن ما هو النظام العام والاداب؟

النظام العام يتمثل فى مجموع المصالح الأساسية للجماعة أى الأسس والدعامات التى تمثل الحد الادنى الذى لا يتصور بقاء الجماعة بدونه، تلك الأسس قد تكون ذات طبيعة سياسية وتتصل بها القواعد التى تحدد السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية ونظام الحكم فى الدولة، وقد تكون الأسس اقتصادية وتتصل بها القواعد المتعلقة بالتأميم والقطاع العام ورسم الخطة والعملة. وقد تكون الأسس اجتماعية كنظام الاسرة والاهلية والتأمين الإجتماعي. فكل القواعد المتصلة بالاسس السابقة تعتبر ذات طبيعة آمرة.

أما الآداب فيقصد بها مجموع الأسس الخلقية التى يقوم عليها بنيان المجتمع وكيانه المعنوى أى الحد الأدنى من قواعد الأخلاق الضرورية لحفظ كيان الجماعة وبقائها والتى يؤدى تخلفها الى انحلاله. ومن امثلة القواعد المتعلقة بالآداب التى تحرم الاتفاقات الخاصة بالدعارة والقمار.

ولا يوجد معيار ثابت لفكرة النظام العام والآداب لأنها تتسم بالمرونة والنسبية فهى تختلف باختلاف الزمان والمكان. وتتطور من وقت لآخر بل أنها تتفاوت حسب طبيعة الوسط الأجتماعى. فالرق كان مباحاً فى وقت من الأوقات. وتعدد الزوجات يخالف النظام العام والآداب فى الدول الأوروبية، وما يخاف الآداب فى مجتمع ريفى قد يخالفه فى

مجتمع مدني، وقد يختلف الامر في المجتمع الشرقي عن نظيره الأوروبي وهكذا، والنظام العام السياسي والاقتصادي يختلف مفهومه في المجتمع الاشتراكي عنه في المجتمع الرأسمالي.

وأمام مرونة فكرة النظام العام والآداب فإن للقاضي سلطة واسعة في تحديد مضمون كل منهما نظراً لعدم ثبات ونسبية هذا المضمون وتغيره في الزمان والمكان، إلا أن القاضي لايقدر ذلك بمعيارشخصي أي يستند إلى عقيدته ورأيه، بل هو مقيد بالاتجاهات السائدة في الجماعة أياً كانت ميوله أو معتقداته الشخصية أي أن معيار قياس النظام العام والآداب هو معيار موضوعي وليس شخصي، يستلهم فيه القاضي - ليس ميوله أو معتقداته الشخصية - بل ضمير الجماعة واتجاهاتها والروح العامة للنظام القانوني السائد. لهذا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض.

(د) مجال القواعد الآمرة والقواعد المكملة:

رأينا أن كل ما يتعلق بالنظام العام والآداب يعتبر من قبيل القواعد الآمرة. والقاعدة الآمرة تعتبر قيداً على سلطان الارادة في ابرام التصرفات القانونية. بمعنى أن أرادة الأفراد تلتزم بالانصياع لهذه القاعدة، بحيث يكون الاتفاق أو التصرف المخالف باطلاً بطلاناً مطلقاً، أي لايقبل الإجازة أو التصحيح، ويكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وعلى القاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك به أحد الخصوم لأن الأمر يتعلق بالمصلحة العامة.

وفكرة النظام العام وبالتالي القواعد الآمرة تجد مجالها أساساً في القانون العام بفروعه المختلفة، لأن القانون العام ينظم العلاقات التي تدخل السلطة العامة طرفاً فيها سعياً وراء المصلحة العامة مثل القانون الدستوري أو الأداري أو المالي أو الجنائي نظراً لانها ترتبط بموضوعات

تعتبر من صميم النظام العام الاقتصادى أو السياسى.

أما القانون الخاص باعتباره مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات بين الافراد، فان قواعده تكون فى الاصل مكملة إلا انه يضم كذلك بعض القواعد الآمرة كما سنرى.

وفى الحقيقة يتوقف مجال القانون العام أى القواعد الآمرة على فلسفة المذهب السائد فى الجماعة. فإذا ساد المذهب الفردى الذى يرى فى الفرد الغاية العليا من التنظيم الاجتماعى، وأن القانون يقتصر دوره على كفالة مصلحة الفرد، فإن مبدأ سلطان الارادة هو الذى يزدهر ويقل مجال القواعد الآمرة، ويزداد دور الارادة لأن قواعد القانون تكون فى أغلبها مكملة أى تقتصر على تكملة ارادة الافراد دون تقييدها.

أما المذاهب الاشتراكية أو الاجتماعية فترى أن الجماعة وليس الفرد هى الغاية العليا، ومن ثم فنظام المجتمع هو القيمة العليا التى يحميها القانون، فتحقيق مصالح الجماعة يأتى قبل كل شئ ولو بتقييد ارادة الافراد. لذا يتسع مفهوم النظام العام ويلعب القانون العام بما يضم من قواعد آمرة دوراً رئيسياً فى النظام القانونى.

فالملكية تكون فى النظام الفردى حقاً مطلقاً لا ترد عليه قيود، أمافى النظام الاشتراكى فانها مجرد وظيفة تُعطى للفرد لتحقيق الصالح العام وإذا أساء استعمالها فإنها تقبل التقييد والنزع أو التأميم، فالملكية هى أساساً ملك للجماعة.

ويستطيع الأفراد إبرام ما يشاءون من عقود وتضمينها ما يرون من الشروط فى المذهب الفردى، أما المذهب الاجتماعى أو الاشتراكى فارادة الأفراد تكون مقيدة بقيود تتعلق بالنظام العام والآداب.

ففى مصر مثلاً حيث يجتمع المذهبان الفردى والاشتراكى نجد أن الأصل هو حرية ابرام العقود أى مبدأ سلطان الارادة. إلا ان هناك بعض القيود التى ترد على العقود بصفة عامة وبعض العقود بصفة خاصة وذلك بهدف حمايه بعض الطبقات الضعيفة، مثال ذلك عقد الايجار الوارد على المكان الذى يفرد القانون امتداده على المؤجر، ويفرض عليه كذلك قيمة الأجرة، وعقد العمل الذى يلزم رب العمل بالعديد من الشروط لمصلحة العامل ولا يمكن الاتفاق على ما يخالف هذه الشروط وإلا كان الاتفاق باطلاً.

المطلب الثانى
فروع القانون

(أ) القانون العام والقانون الخاص:

يعتبر تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص من أهم التقسيمات التى أجريت للقانون. وهذا التقسيم التقليدى الذى يرجع الى عهد القانون الرومانى لازال مهيمناً على الفكر القانونى فى معظم دول العالم.

القانون العام هو قانون السلطة العامة، فهو ينظم تكوين السلطات العامة فى الدولة، والعلاقات فيما بينها، وينظم كذلك العلاقات بين هذه السلطات وبين الافراد. فهو يضم مجموعة القواعد التى تحكم العلاقات التى يكون أحد أطرافها على الأقل شخص يملك السيادة ويتصرف بوصفه هذا. وذلك مثل الدولة أو المحافظة أو هيئة عامة أو مرفق عام كالجامعة مثلاً.

وليست كل علاقة تكون الدولة طرفاً فيها تعتبر من علاقات القانون العام، بل يلزم أن يكون تدخل الدولة بوصفها صاحبة سلطة عامة أى

ذات سيادة لتحقيق المصلحة العامة، ومن ثم فهى تستخدم ميزات خاصة تجعلها فى مركز قانونى أقوى من الطرف الآخر.

أما القانون الخاص فيحكم العلاقات بين الأفراد العاديين أو بين الأفراد والدولة فى الحالات التى تظهر فيها كشخص عادى تقف على قدم المساواة مع الطرف الاخر أى لاتستخدم مزايا السلطة العامة وذلك كأن تشترى إحدى المحافظات بعض الاشياء أو تبيع أملاكها الخاصة أو تستأجر عقارات لاستخدامها فى بعض الأغراض. فالعلاقات الناشئة عن هذه التصرفات علاقات خاصة تحكمها قواعد القانون الخاص.

أما تدخل الدولة أو الاشخاص العامة بوصفها صاحبة سيادة أو سلطة عامة فيدخل فى نطاق القانون العام مثل نزع الدولة لملكية عقار للمنفعة العامة، والعقود التى تبرمها وتضع فيها شروطاً استثنائية مفروضة على الافراد، وكذلك فرض ضريبة معينة.

وتبدو أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص فى أن قواعد الأول تعطى الدولة سلطات استثنائية فى علاقاتها بغيرها وتعتبر ذات طبيعة آمرة أى تحد من حريات الافراد. ومن ثم فان قواعد القانون العام تتميز بأنها تعطى للدولة وفروعها سلطات فى مواجهة الافراد، يقابلها خضوع من جانب هؤلاء، مثل علاقة الموظف بالدولة. أما علاقات القانون الخاص فهى تقوم فى غالبيتها على أساس الحرية والمساواة. وقد أدى هذا الاختلاف فى الطبيعة بين القانون العام والقانون الخاص الى وجود جهتين قضائيتين، الأولى جهة القضاء الأدارى للفصل فى المنازعات المتعلقة بالقانون العام، وجهة القضاء العادى للفصل فى المنازعات المتعلقة بالقانون الخاص.

وينقسم كل من القانون العام والقانون الخاص الى عدة فروع نتناولها بايجاز فيما يلي:

(ب) فروع القانون العام :

١-القانون الدولى العام : هو مجموعة القواعد التى تنظم علاقات الدول فيما بينها، سواء كان ذلك فى وقت السلم أو أثناء الحرب، وذلك مثل ابرام المعاهدات والتمثيل الدبلوماسى وطرق فض المنازعات ومعاملات الاسرى ونظام الحياد والحرب.

وهو يشمل كذلك مركز المنظمات الدولية والعلاقات فيما بينها وعلاقاتها بالدول سواء فى ذلك المنظمات العالمية كالأمم المتحدة أوالأقليمية كجامعة الدول العربية.

٢- القانون الدستورى: ويضم مجموعة القواعد التى تحدد النظام السياسى فى الجماعة وتبين أسس الدولة وشكلها وسلطاتها والعلاقات فيما بينهما، وكذلك حقوق الافراد الاساسية وضمان حرياتهم.

فالقانون الدستورى هو القانون الأساسي، ويسمى بالدستورأو القانون الأسمى الذى يجب ألا يخالفه قانون آخر. وهو يبين شكل الدولة جمهورية أو ملكية، ديموقراطية أو ديكتاتورية، نيابية أو غير نيابية...، ويبين توزيع السلطات، التى تكون غالباً ثلاث: التشريعية، والتنفيذية، والقضائية، واختصاصاتها والعلاقات فيما بينها، وعلاقات الأفراد.

ويتميز القانون الدستورى بطابع خاص لأن الجزاء فيه ليس ذاطبيعة تقليدية، بل هو جزاءسياسى يتمثل فى الرقابة المتبادلة بين السلطات الثلاث، أى مسئولية كل سلطة قبل الاخرى، وفى الرقابة الشعبية فى النهاية من خلال الانتخابات والصحافة والرأى العام والثورات، فالسلطة التنفيذية مسئولة أمام السلطة التشريعية التى تستطيع سحب الثقة منها، وتستطيع السلطة التنفيذية حل السلطة التشريعية، ويمكن

للسلطة القضائية أن تلغى أو تمتنع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور، وكذلك اللوائح التى تصدرها الادارة بالمخالفة للقانون.

٣- القانون الأدارى: هو القانون الذى يحكم نشاط الدولة الادارى أى السلطة التنفيذية فى قيامها بوظيفتها الادارية. وتتمثل تلك الوظيفة فى حفظ الامن والنظام وفى ادارة وتسيير أوجه النشاط المختلفة من خلال القيام على أمر المرافق العامة.

وعلى هذا تشمل موضوعات القانون الادارى الاجهزة المختلفة للادارة وطريقة تشكيلها وعلاقاتها بالموظفين ومركزهم القانونى من حيث التعيين والترقيات والتأديب، وهو يشمل كذلك علاقة الحكومة المركزية بالادارات المختلفة فى الأقاليم والمجالس المحلية والاموال العامة وكيفية الحفاظ عليها وحمايتها. ويعتبر من أهم الموضوعات القانون الادارى للقواعد التى تحدد طرق الفصل فى المنازعات بين الأدارة والأفراد ويختص مجلس الدولة أى المحاكم الادارية برقابة أعمال الادارة.

٤- القانون المالى: وينظم مالية الدولة ،من حيث بيان مواردها المالية من ضرائب ورسوم وايرادات وقروض، وبيان أوجه الانفاق وأنواعها، فالقانون المالى يدور حول ميزانية الدولة بما تتضمنه من ايرادات ومصروفات.

٥- القانون الجنائى : وهو القانون الذى يتضمن القواعد المنظمة لحق الدولة فى العقاب، وذلك ببيان الافعال التى تعتبر جرائم والعقوبات المقررة لكل منها والاجراءت التى تتبع فى القبض على مرتكبى الجرائم ومحاكمتهم وتنفيذ العقوبات فيهم.

فالجريمة تعتبر اعتداءاً على المجتمع ومساساً بالمصلحة العامة لان ارتكابها يشكل اخلالاً بالأمن والطمأنينة بالجماعة. وتختص الدولة

بتوقيع العقوبات من خلال الدعوى العمومية التى تتولاها النيابة العامة بوصفها ممثلة للمجتمع.

والقانون الجنائى يتضمن قسمين: قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية.

فقانون العقوبات يتضمن تحديداًللأفعال التى يعتبر ارتكابها جريمة وبيان العقوبة المقررة لكل فعل وذلك تطبيقاً للمبدأ الدستورى القائل بأن لا جريمة ولا عقوبة بغير نص .ومن ثم فان الأصل فى الأفعال الاباحة وأنه لايمكن العقاب على ارتكاب فعل إلا إذا وجد نص تشريعى، ولايكفى مجرد العرف .

فهو يبين شروط المسئولية الجنائية من خلال تحديد أركان الجريمة وشروطها وأسباب تخفيف العقوبة أو تشديدها أو الأعفاء منها . والجرائم قد تقع على الدولة كالاخلال بالامن الداخلى أو الخارجى أو اختلاس الاموال الأميرية أو الرشوة أو تزييف العملة ،وقد تقع على الأفراد فى أجسامهم كالقتل أو الضرب أوفى أعتبارهم كالقذف أو السب أو خيانة الأمانة .

والجريمة ثلاثة أنواع: الجناية والجنحة والمخالفة. والعقوبات الجنائية إما أن تكون أصلية وهى الاعدام والأشغال الشاقة المؤبدة والمؤقتة والسجن والحبس، والغرامة ،وإما أن تكون تبعية مثل المصادرة والفصل من الخدمة .

والى جانب قانون العقوبات يوجد قانون الاجراءات الجنائية الذى يبين الاجراءات الواجب اتباعها منذ وقوع الجريمة حتى تنفيذ الحكم الصادر فيها ، وذلك ببيان التحقيق والتفتيش وجمع الادلة والاحالة الى المحاكمة والسلطات الخاصة بذلك، وبيان المحاكم الجنائية وتشكيلها وأحكامها وطرق الطعن فيها وكيفية تنفيذ الاحكام .

(جـ) فروع القانون الخاص:

١- القانون المدنى : يعتبر القانون المدنى الفرع الاساسى للقانون الخاص. فهو ينظم كافة علاقات التعامل بين الافراد، إلاأن بعض هذه العلاقات قد انفصلت لتنظمها فروع مستقلة من القانون .مثل القانون التجارى وقانون العمل والقانون الزراعى .لذلك فإن القانون المدنى يعتبر الشريعة العامة أو القانون الأصلى الذى ينبغى الرجوع اليه وتطبيق احكامه فى حالة عدم وجود نص استثنائى أوخاص بالعلاقة محل النزاع أمام القضاء.

وتنظم قواعد القانون المدنى مسائل الأحوال الشخصية أى حالة الأشخاص وأهليتهم ،ومسائل الأسرة، من انعقاد الزواج وأثاره وانحلاله، ومسائل البنوة والنسب والنفقة والولاية والوصاية والمواريث والوصايا والهبات .

وينظم القانون المدني كذلك مسائل الاحوال العينية أى الروابط المالية، أى الحقوق المالية وطرق كسبها ومضمونها وانتقالها وانقضائها.

٢- القانون التجارى : ويضم مجموعة القواعد التى تحكم العلاقات التجارية أى علاقات التجار والأعمال التجارية .

فهو يبين الصفات التى يجب توافرها فى الشخص حتى يكون تاجراً والشركات التجارية بأنواعها وأنشطتها وتكوينها وانقضائها، ويحدد واجبات التجار ،كالقيد فى السجل التجارى ومسك الدفاتر، وينظم افلاس التاجر من حيث تعيين شروطه وشهره وحقوق الدائنين وامكان الصلح بينهم وبين التاجر .

وينظم القانون التجارى ايضاً الأعمال التجارية كأعمال السمسرة والبورصة والوكالة بالعمولة والنقل والأوراق التجارية التى تشمل الشيك والكمبيالة والسند الادنى، هذا بالاضافة الى العقود التجارية .

والموضوعات التى ينظمها القانون التجارى هي معاملات مالية بين الافراد لذا كانت تعتبر جزءاً من القانون المدنى ،إلا أنها استقلت بسبب طبيعتها الخاصة التى تتسم بالسرعة والثقة والائتمان على نحو لا يتلائم مع بعض القيود التى يفرضها القانون المدنى ،مثال ذلك قواعد الاثبات حيث يتطلب القانون المدنى الكتابة فى اثبات المعاملات التى تزيد قيمتها على مبلغ معين، أما فى القانون التجارى فيمكن الاثبات بكل الطرق بما فى ذلك الشهادة والقرائن .

٣- القانون البحرى والقانون الجوى : ويعتبر كل منهما جزءاً من القانون التجارى، إلا أنهما يزدادان استقلالاً مع تقدم الأنشطة الملاحية البحرية والجوية .

فالقانون البحرى ينظم النشاط التجارى البحرى أى المعاملات التى تنشأ بمناسبة الملاحة البحرية لذا فهو يرد أساساً على السفينة باعتبارها أداة التجارة البحرية ومن ثم فهو ينظم العقود المرتبطة بها ، كبيع ورهن السفينة وعقد النقل وعقد العمل البحرى وعقد التأمين على السفينة والبضائع، هذا بالاضافة الى مسئولية الناقل وعلاقة الربان بالمالك.

أما القانون الجوى فهو على غرار القانون البحرى، يتناول المسائل المتعلقة بالملاحة الجوية والواردة أساساً على الطائرة.

٤- قانون العمل والتأمينات الأجتماعية: ويضم مجموعة القواعد التى تحكم العلاقات القانونية بين العامل وصاحب العمل وهى علاقة تتميز بتبعية الأول للثانى.

وقد نشأ قانون العمل أساساً بهدف حماية العمال نتيجة للاستغلال الذى تعرضوا له فى بداية الثورة الصناعية وازدياد المخاطر المترتبة على استخدام الآلآت والبطالة لذا تتميز قواعد قانون العمل بالصفة الآمرة لأنها تضع قيوداً على ارادة رب العمل لمصلحة العامل، كتحديد الأجور وساعات العمل

وكفالة الصحة والسلامة وسلطة توقيع لمصلحة العامل الجزاءات والفصل.

وظهرت الى جانب قواعد قانون العمل قوانين التأمينات الأجتماعية التى ارتبطت فى البداية بفكرة تأمين الطبقة العمالية من مخاطر اصابات العمل والشيخوخة والبطالة، إلا أن تلك القوانين بدأت حديثاً فى الانتشار لتغطى كافة طبقات الشعب وأصبح التأمين الأجتماعى حقاً من الحقوق الأنسانية.

٥- قانون المرافعات المدنية والتجارية: ويتضمن القواعد المتعلقة بتنظيم الاجراءات الواجب اتباعها امام القضاء لحماية الحقوق المعتدى عليها أو المتنازع فيها، وذلك ببيان أنواع المحاكم وتشكيلها واختصاصاتها ،واجراءات التقاضى واصدار الاحكام والطعن فيها وتنفيذها.

٦- القانون الدولى الخاص: هو مجموعة القواعد التى تبين القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الاجنبى، ومدى اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات المتعلقة بتلك العلاقات.

وتكون العلاقة ذات عنصر أجنبى إذا كان أحد أطرافها أجنبياً، أو كان محلها مالاً موجوداً بالخارج، أو كان مصدرها عقداً تم إبرامه أو تنفيذه فى بلد أخر.

فقد يتزوج مصرى من لبنانية بفرنسا فما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع بينهما، وماهى المحكمة المختصة؟ وهل يتغير الامر إذا كان النزاع على عقار موجود بدولة أخرى كالمغرب؟ وهل للأولاد أو الأبوين الحق فى الاحتفاظ أو اكتساب جنسية معينة؟ وما هو مركزهم القانونى كأجانب فى الدولة المستضيفة ؟

فالقانون الدولى الخاص يجيب على مثل هذه التساؤلات .وعلى هذا فهو يضم قواعد الاختصاص القضائى، وقواعد تنازع القوانين ،هذا بالأضافة الى قواعد الجنسية والموطن ومركز الأجانب .

المبحث الثالث

مصادر القانون

يقصد بمصدر القانون السبب المنشئ للقاعدة القانونية بمعنى الطريق الذى تتأتى منه القاعدة أو المنبع الذى تخرج منه لتصبح ملزمة وقابلة للتطبيق، ومن ثم فانه يلزم لدراسة أو للتعرف على قانون معين، الرجوع الى مصادره الرسمية، تلك المصادر تختلف من مجتمع لآخر ومن زمان لآخر.

فقد كان العرف المصدر الرئيسى للقانون فى المجتمعات الاولية، الاانه مع تقدم الجماعات، وزيادة اوجه النشاط وتعقدها ، ووجود سلطة عليافى الجماعة اصبح التشريع هو المصدر الرسمى للقانون فى الكثير من المجتمعات، وإن كانت بعض القوانين كالقانون الانجليزى تأخذ بنظام السوابق القضائية كمصدر أساسى للقانون اى ان كل محكمة تتقيد باحكام المحاكم الاعلى منها درجة.

والمصادر الرسمية للقانون المصرى هى: التشريع، العرف،مبادئ الشريعة الاسلامية، مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة. وهذا الترتيب الذى أورده القانون للمصادر يعتبر ملزماً للقاضى حيث ينبغى عليه البحث عن القاعدة الواجبة التطبيق على النزاع المعروض فى المصادر السابقة بنفس الترتيب، فلا يمكن الالتجاء الى العرف إلا اذا لم يوجد للمسألة محل النزاع تنظيم فى التشريع وهكذا...

ونتناول تلك المصادر بشئ من التفصيل فيما يلي:

المطلب الاول
التشريع

يقصد بالتشريع كمصدر رسمى للقانون وضع وصياغة القاعدة القانونية أى اخراجها أو سنها فى صورة مكتوبة بواسطة السلطة المختصة.

ويتميز التشريع بسهولة اصداره لأن السلطة العامة هى التى تختص بسنه، لهذا يمكن للتشريع ان يستجيب لمطالب الواقع الاجتماعى من خلال سرعة اخراجه او تعديله او الغائه.

(أ) خصائص التشريع:

نظراً لان التشريع يخرج فى صورة مكتوبة فانه يكون محدداً ويمكن للأفراد التعرف عليه، ويؤدى هذا الى الاستقرار فى المعاملات وبث الثقة والطمأنينة فى نفوس الافراد. فالتشريع يعتبر واضحاً وموحداً بالنسبة للجميع.

ورغم المزايا السابقة إلا ان هناك بعض العيوب التى يمكن أخذها عليه إذ يمكن أن تؤدى السرعة فى اخراج التشريع الى عدم دقته وتعيب صياغته على نحو يثير الكثير من الصعوبات عند تطبيقه، فقد لا يتفق مع مقتضيات الواقع و متطلبات الجماعة. ويزيد الامر تعقيداً تعدد محاولات التعديل إذ يؤدى ذلك الى الإخلال بالاستقرار والثبات الواجب فى المعاملات.

ويعاب على التشريع كذلك انه يكون مكتوباً بصورة محددة وجامدة على نحو قد لا يعطيه المرونة التى تكون للعرف وتمكنه من ملاحقة التطور فى الجماعة وملائمة ظروفها. لهذا فان البعض يرى أن العرف اكثر اتفاقا مع الواقع الاجتماعى لانه ينبع تلقائياً من هذا الواقع

ويتطور معه، رغم ما يعاب عليه من البطء وعدم الوضوح والتحديد إذ أن القاعدة العرفية لا تولد إلا بعد مرور سنوات عدة حتى تستقر فى ضمير الجماعة.

(ب) التشريع والتقنين:

التشريع يتمثل فى عملية وضع القاعدة القانونية فى صياغة مكتوبة بواسطة السلطة المختصة. أما التقنين فهو عملية تجميع لكل القواعد القانونية الصادرة والمتعلقة بفرع من فروع القانون فى كتاب واحد، وتتم عملية التجميع بواسطة المشرع نفسه. وينصب التجميع على مجموعة القواعد الداخلة فى التقنين.

ومثال ذلك التقنين المدنى والتقنين التجارى، وقد يتعلق التقنين بتنظيم القواعد المتعلقة بمسألة أو بموضوع معين مثل قانون الشهر العقارى وقانون ايجار الأماكن وقانون الأحوال الشخصية.

(جـ) انواع التشريعات وتدرجها:

هناك عدة انواع من التشريعات، تختلف وتتدرج فيما بينها بحسب قيمتها القانونية والسلطة التى تصدرها وتفاوت المسائل التى تنظمها فى الأهمية.

فهناك التشريع الأساسى الذى يتمثل فى الدستور، وهو التشريع الأعلى فى الدولة ويتناول المبادئ الأساسية فى تنظيم حياة الجماعة ويعلو التشريع العادى، لذا تقوم بوضعه سلطة أعلى من السلطة التشريعية، غالباً ما تسمى بالهيئة التأسيسية.

وهناك التشريع العادى، وتختص السلطة التشريعية (البرلمان) باصداره. والدستور هو الذى يمنحها هذا الأختصاص، لذلك فان التشريع العادى ينبغى ألا يخالف الدستور.

وهناك التشريع الفرعى أو اللائحى، وهو أدنى مرتبة من التشريع العادى. وتقوم السلطة التنفيذية باصدار اللوائح بهدف تنفيذ القوانين وتنظيم المصالح العامة فى الدولة. لذلك يجب أن تكون اللائحة موافقة لاحكام التشريع العادى ومن باب أولى الدستور.

(جـ) رقابة الدستورية والشرعية:

رأينا ان التشريع الفرعى اللائحى يجب ألا يكون مخالفاً للتشريع العادى، وللمحاكم الحق فى رقابة ذلك أى التأكد من مدى شرعية اللوائح، وذلك بالتثبت من عدم مخالفتها للقانون.

والقضاء الادارى يستطيع الحكم بالغاء اللائحة المخافة للقانون أو الدستور، ويستطيع الامتناع عن تطبيقها، أما القضاء العادى فلا يملك سوى الامتناع عن التطبيق دون الالغاء.

هذا بالنسبة لرقابة شرعية اللوائح، أما بالنسبة لرقابة دستورية القوانين فإن المشرع نظمها باصداره لقانون المحكمة الدستورية العليا. تلك المحكمة هى التى تختص وحدها بالتأكد من مدى موافقة القانون (التشريع العادى) للدستور.

ولا تستطيع المحاكم الأخرى أن تراقب دستورية القوانين، وإذا ما دفع أحد أطراف النزاع أمام المحكمة بعدم دستورية قانون معين وجب عليها وقف الدعوى، وتطلب من الخصم أن يلجأ الى المحكمة الدستورية العليا. والحكم الصادر من هذه المحكمة بدستورية أو عدم دستورية قانون معين له حجية مطلقة وتلتزم به كافة المحاكم. ويكون هذا الحكم نهائياً لا يقبل الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن.

(د) سن التشريع:

بالنسبة للتشريع الأساسى أو الدستور فغالباً ما تقوم بسنه هيئة

تأسيسية منتخبة من الشعب خصيصاً لذلك، ويعرض الدستور بعد ذلك على الشعب للموافقة عليه.

أما عن التشريع العادى فتقوم السلطة التشريعية باصداره فى حدود اختصاصها وطبقاً للاجراءات التى يبينها الدستور. ومجلس الشعب فى مصر هو الذى يتولى سلطة التشريع.

والأصـــل أن سلطة سن القوانين قاصرة على السلطة التشريعية، فمجلس الشعب يملك وحده اختصاص مناقشة القوانين وسلطة اقرارها والموافقة عليها، وتلتزم السلطات الاخرى بذلك، فالسلطة التنفيذية تقوم بتنفيذ القوانين وتصدر اللوائح اللازمة لذلك دون أن تنشئ أو تعدل أى قانون، وتقتصر مهمة السلطة القضائية على تطبيق القانون بصدد ما يعرض عليها من منازعات.

والاستثناء: يجيز الدستور للسلطة التنفيذية أن تحل محل السلطة التشريعية فى سن القانون العادى فى حالتين استثنائيتين:

١- حالة الضرورة: فى حالة غياب مجلس الشعب، سواء بين أدوار انعقاده أو فى حالة حل المجلس، إذا قامت حالة من حالات الضرورة التى تستدعى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير تتمثل فى اصدار قانون، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات لها قوة القانون.

ونظراً لان سلطة رئيس الجمهورية فى ذلك تعتبر استثنائية، وجب عرض هذه القوانين على مجلس الشعب خلال ١٥يوم من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وفى أول اجتماع له فى حالة الحل. وإذا لم تعرض هذه القوانين أو عرضت ورفضها المجلس ترتب على ذلك زوالها.

٢- حالة التفويض: يمكن لمجلس الشعب أن يفوض رئيس الجمهورية فى اصدار قرارات تتكون لها قوة القانون، ونظراً لان هذا التفويض

يعتبر أمراً استثنائياً يشترط فيه: أن يتم بموافقة أغلبية ثلثى أعضاء المجلس، وأن تكون هناك ظروفاً استثنائية تبرره كأزمة سياسية أو اقتصادية أو حالة حرب، ويجب ان يكون التفويض قاصراً على موضوعات معينة، ولمدة محددة، وينبغى أخيراً عرض هذه القونين التى صدرت بناء على التفويض، على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض.

(هـ)اختصاص السلطة التنفيذية بسن التشريع الفرعى (اللوائح):

تختص السلطة التنفيذية بسن التشريع الفرعى أى اللوائح بشرط ألا تكون مخالفة للقانون أوالدستور. وهناك ثلاثة أنواع من التشريعات الفرعية هى اللوائح التنفيذية، واللوائح التنظيمية، ولوائح الضبط.

١- اللوائح التنفيذية: وتتضمن المسائل التفصيلية والاجراءات التنفيذية للتشرىعات التى يسنها مجلس الشعب. فهذه التشريعات غالباً ما تقتصر على المسائل الرئيسية للموضوع محل التشريع دون التفصيلات التى تترك للسلطة التنفيذية حيث تحدد الجزئيات والمسائل الفرعية التى قد تثار عند تطبيقه.

ولما كانت مهمة اللوائح التنفيذية قاصرة على تنفيذ القانون فانها يجب أن تقتصر على ذلك، فلا يجوز أن تلغى أو تعدل أو تخالف حكماً من أحكام هذا القانون أو أن تضيف الى هذه الأحكام.

٢- اللوائح التنظيمية: ويصدرها رئيس الجمهورية بصفته رئيساً للسلطة التنفيذية. وتتضمن القواعد التى تنشئ وتنظم وترتب العمل فى المرافق والمصالح العامة والادارات المختلفة، مثال ذلك لوائح الجامعات ولائحة الجمارك.

٣- لوائح الضبط: وتصدرها السلطة التنفيذية للمحافظة على الأمن والسكينة والنظام وحماية الصحة العامة. لذا تسمى أيضاً بلوائح

البوليس فهى تضع ضوابط لسلوك الافراد و نشاطهم على نحو يضمن الهدوء والسكون حتى لا يتعرض الجمهور للمضايقات والازعاج، وحتى يطمئن على نفسه وماله من خطر الاعتداءات، وحتى يقى نفسه من التلوث والأوبئة والأمراض المعدية.

ومن أمثلة لوائح الضبط: لوائح المرور، ولوائح تنظيم مراقبة الأغذية، واللوائح الخاصة بمنع انتشار الأوبئة، ولوائح تنظيم المحال العامة والخطرة والمضرة بالصحة والمقلقة للراحة.

ولضمان فعالية لوائح الضبط فإنها تكون مقترنة بجزاءات توقع على من يخالفها. ولكن يشترط ألا يزيد الجزاء على العقوبة المقررة للمخالفات.

(و) اجراءات سن التشريع ونفاذه:

يمر التشريع العادى بعدة مراحل قبل أن يصبح قانوناً نافذاً هى:

١-اقتراح التشريع: يستطيع رئيس الجمهورية أو أحد أعضاء مجلس الشعب أن يقترح التشريع أى يتقدم بمشروع قانون. ويعرض المشروع المقدم من رئيس الجمهورية على اللجنة البرلمانية المختصة لفحصه وتقديم تقرير عنه تتم مناقشة المجلس للمشروع على أساسه.

أما الاقتراح المقدم من أحد الأعضاء فيحال الى لجنة الأقتراحات لفحصه وابداء الرأى فى جواز نظر المجلس له.

٢- مناقشة واقرار مشروع القانون: تتم مناقشة المشروع بناءعلى التقرير المقدم من اللجنة البرلمانية، وتبدأ بعد ذلك الموافقة عليه مادة مادة. ويجب للموافقة على المشروع، أن توافق عليه الأغلبية المطلقة للحاضرين، وإن تساوت الأصوات اعتبر مرفوضاً.

٣- عدم اعتراض رئيس الجمهورية: يرسل المشروع الذى تمت الموافقة عليه من المجلس الى رئيس الجمهورية فإذا لم يعترض عليه خلال ثلاثين يوماً من ابلاغه اياه فإنه يصبح قانوناً، أما إذا أراد الاعتراض فانه يقوم برده الى المجلس لاعادة مناقشته من جديد على ضوء الملاحظات التى يبديها. ويمكن للمجلس أن يعدل المشروع أو يصر على الابقاء عليه، ولكن فى هذه الحالة يجب موافقة أغلبية ثلثى الأعضاء وهنا لا يستطيع رئيس الجمهورية الاعتراض.

٤- اصدار التشريع: وهو عمل يقصد به تسجيل الوجود القانونى للتشريع فهو بمثابة شهادة ميلاد، ويقوم به رئيس الدولة ويتضمن أمراً لسائر أعضاء السلطة التنفيذية بتنفيذ القانون الجديد.

٥- النشر: ويتم بعد اصدار القانون بهدف اعلام الناس به، ويكون فى جريدة رسمية مخصصة لذلك. والنشر اجراء ضرورى حتى يصير القانون ملزماً. ولا يغني عنه أي إجراء آخر عبر وسائل الإعلام الأخرى.

فإذا تم النشر، افترض علم الناس جميعاً به، ويلتزمون بحكمه حتى ولو لم يعلموا به علماً فعلياً. وعلى هذا لا يقبل من أحد أن يدعى بجهله بالقانون حتى ولو كان أمياً يجهل القراءة.

فمتى تم نشر القانون صار نافذاً معمولاً به بالنسبة للكافة. ويجب أن يتم النشر خلال أسبوعين من تاريخ الأصدار، ويسرى القانون أى يصبح ملزماً بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ النشر إلا إذا حدد لذلك موعداً أخر.

المطلب الثانى
العـرف

العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين فى العمل، مع الاعتقاد بلزوم هذا السلوك كقاعدة قانونية. إذ قد يشيع حل معين لمشكلة ما ويتكرر الالتجاء الى هذا الحل ويستقر فى نفوس الناس بحيث يشعرون بأنه جزء من تنظيم المجتمع وضرورى لاستقرار المعاملات، فهنا تولد القاعدة العرفية.

(أ) أركان العرف وشروطه:

١- الركن المادى للعرف: ويتمثل فى اطراد العمل على سنة معينة، هذه السنة أو هذا السلوك ينشأ تلقائياً بسبب الحاجة اليه فى العمل، ولكن ينبغى تكرار السنة على نحو يضمن ثباتها واستقرارها مدة طويلة من الزمن.

ويجب أن يدرج غالبية أفراد المجتمع على هذا السلوك أى ينبغى أن يكون شاملاً. والشمول ليس معناه كل الجماعة، بل كل المكان الذى يتبع فيه، وأن يكون عاماً بالنسبة لكل الأشخاص الموجه اليهم. فهناك عرف محلى قاصر على جزء معين من الدولة، وهناك عرف مهنى أو طائفى كالعرف التجارى أو الزراعى.

ويجب أن يكون السلوك غير مخالف للنظام العام والآداب، فالسلوك المخالف مهما تكرر لا يمكن أن يصبح قاعدة قانونية ملزمة، فاعتياد بعض الاقاليم على الاخذ بالثأر لايمكن اعتباره قاعدة عرفية لأنه يخالف النظام العام المتمثل فى مبدأ اختصاص الدولة وحدها بتوقيع العقاب.

٢- الركن المعنوى للعرف: ويتمثل فى العقيدة بالزام العرف أى الاعتقاد بأن السلوك المتبع قد أصبح ملزماً وواجب الاتباع وأن من

يخالفه ينبغي أن يتعرض لجزاء مادي يوقع عليه.

فإذا توافرت أركان العرف على النحو السابق، وتأكد الفقه والقضاء من أن سلوكاً معيناً قد أصبح عرفاً ثابتاً لا تتكرر المنازعات بشأنه أصبح قاعدة قانونية ملزمة كالتشريع تماماً.

(ب) العرف والعادة الاتفاقية:

الركن المعنوى في العرف أى العقيدة الملزمة هى التى تميزه عن غيره من العادات الاجتماعية، كالمجاملات التى تقوم على مجرد الاعتبارات الأدبية دون أن يتوافر لها وصف الالزام .

ويختلف العرف عن العادة الاتفاقية لعدم توافر الالزام فيها، رغم أن الركن المادى أى تكرار السلوك مشترك بينهما. فالعرف ملزم بذاته، أما العادة الاتفاقية فلا تكون ملزمة إلا إذا اتجهت ارادة الافراد الى ذلك، أى اتفق الأفراد صراحة أو ضمناً على الالتزام بها.

ومن أمثلة العادة الاتفاقية ما يجرى عليه الكثيرمن الناس من مشاركة الزوجة في تأثيث منزل الزوجية عند الزواج، وما يجرى عليه تجار الفاكهة والبيض من زيادة نسبة على العدد أو الوزن المتفق عليه.

ونظراً لأن العادة الاتفاقية ليست قاعدة قانونية فأن القاضى لايطبقها إلا إذا تمسك بها الأفراد وقاموا باثباتها أمامه، أما العرف فهو قانون يجب على القاضى العلم به وتطبيقه من تلقاء نفسه، وهو يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض.

(جـ) دور العرف فى القانون المصرى:

يأتى العرف فى المرتبة الثانية بعد التشريع فى القانون المصرى. فهو يكمل التشريع، وهو احياناً يعاونه أو يفسره، وفى حالات أخرى يخالفه. ويختلف دور العرف حسب الفرع الذى ينتمى اليه من فروع القانون.

١- العرف المكمل للتشريع: تحيل المادة الأولى من القانون المدنى الى العرف كمصدر رسمى للقانون يرجع اليه القاضى إذا لم يجد نصاً تشريعياً يحكم النزاع المعروض امامه. فالعرف يسد الفراغ التشريعى، ويكمل ما فيه من نقص.

ونتيجة لان العرف يأتى فى المرتبة الثانية بعد التشريع فإنه لا يستطيع أن يخالف أو يلغى نصاً تشريعياً آمراً فى نفس المجال إلا اذا سمح هذا النص بذلك، بخلاف التشريع الذى يمكن له أن يعدل العرف أو يلغيه.

ولكن العرف يستطيع أن يخالف قاعدة مكملة لأن طبيعة هذه القاعدة تسمح بذلك، إذ هى لا تطبق إلا إذا لم يتفق الافراد على ما يخالفها. والعرف يعتبر اتفاق ضمنى من قبل افراد المجتمع على مسألة معينة. ومن الامثلة على ذلك نص القانون على أن نفقات تسلم الشئ المبيع تكون على المشترى ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك. ومن أمثلة العرف المكمل ما تقضى به المحاكم من أن الأثاث الذى يوجد فى منزل الزوجية يعتبر مملوكاً للزوجة.

٢- العرف المعاون للتشريع: عند تنظيم التشريع لموضوع معين قد يقوم بالأحالة الى العرف أو العادات لتحديد وتفسير وتفصيل بعض المسائل اللازمة لتطبيقه.

مثال ذلك احالة التشريع الى العرف لتحديد مفهوم ملحقات الشئ المبيع. حيث نص القانون المدنى على أن التسليم يشمل ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الاشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين.

ومن ذلك أيضاً النص على تحمل المستأجر الترميمات التأجيرية البسيطة التى يقضى بها العرف مثل الخلل الذى قد يحدث بتوصيلات

المياه والكهرباء وأعمال البياض داخل الشقة.

٣- العرف المخالف للتشريع: قد يسمح التشريع مباشرة للعرف بأن يخالفه فى بعض المسائل الفرعية باعتباره أكثر اتفاقاً مع حاجات التعامل ومتطلبات الواقع فى هذا المجال.

مثال ذلك النص على أن الثمن يستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك.

والنص على أنه يجوز للعرف التجارى أن يخالف القاعدة الآمرة التى تقضى بمنع الفوائد المركبة وبعدم جواز زيادة مجموع ما يتقاضاه الدائن من فوائد على رأس المال.

٤- دور العرف فى مختلف فروع القانون: يختلف دور العرف وأهميته من فرع الى أخرمن فروع القانون إذ ينتقى دور العرف فى القانون الجنائى نظراً لقيامه على المبدأ القائل«لاعقوبة ولا جريمة إلا بنص» بينما يتضائل فى القانون المدنى، إلا أنه يلعب دوراً هاماً فى القانون الدستورى والقانون الدولى العام والقانون الإدارى والقانون التجارى والبحري.

ففى القانون الدولى العام لا زالت معظم قواعده ذات طبيعة عرفية تتمثل فيما يسير عليه العمل بانتظام فى الجماعة الدولية سواء فى علاقات الدول فيما بينها أو فى علاقاتها بالمنظمات الدولية.

ويلعب العرف دوراً هاماً فى القانون التجارى وذلك لأن التشريع لا يغطى كل العلاقات التجارية نظراً لما تتسم به من تنوع وتطور وسرعة. ومن أمثلة العرف التجارى تحديد أجر السمسار بمقدار ٢,٥٪ وافتراض التضامن بين المدنيين بدين تجارى أى أن الدائن يستطيع أن يطالب أياً منهم بكل الدين ويستطيع من يؤدى الدين الرجوع على شركائه فى

الدين بنصيب كل منهم. ولا يمكن الاحتجاج بالدفوع على حامل الورقة التجارية حسن النية.

المطلب الثالث

مبادئ الشريعة الاسلامية

(أ) الدين كمصدر رسمى للقانون:

اتسم النظام القانوني المصري، منذ الفتح الاسلامى حتى صدور التقنينات الأهلية والمختلطةفى أوائل الربع الاخير من القرن الماضى، بالطابع الديني البحت. فقد سادت الشريعة الاسلامية كمصدر رسمى أصلى عام، أى صاحبة الولاية العامة بالنسبة الى كل المسائل والأشخاص بغض النظر عن ديانتهم.

وكان معترفاً للشرائع الدينية الأخرى- بمقتضى الامتيازات الطائفية التى منحت لغير المسلمين- بولاية محدودة فى بعض مسائل الأحوال الشخصية، أى أن غير المسلمين كانت تطبق عليهم شرائعهم فى بعض تلك المسائل.

إلا أنه بصدور التقنينات المصرية الأولى ومن بعدها التقنين المدنى الحالى، أحتل التشريع المكانة الأولى من بين المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، ولكن الشريعة الاسلامية لا زالت مصدر مادي أو موضوعى للتشريع من جهة، ومصدر رسمى احتياطى من جهة أخرى، ولا زال الدين عموماً المصدر الرسمى الأصلى الخاص فى بعض مسائل الأحوال الشخصية.

(ب) الشريعة الاسلامية كمصدر موضوعى:

كانت الشريعة الاسلامية من المصادر المادية الهامة التى اشتق منها المشرع المصرى الكثير من القواعد القانونية، فقد كانت الينبوع الذى

استقى منه كثير من الاحكام فى مسائل الأحوال العينية، وهى أيضاً المصدر الرئيسى الذى أخذ عنه المشرع القوانين الموحدة التى تسرى على كل المصريين بكافة ديانتهم فى بعض مسائل الاحوال الشخصية، كحالة الاشخاص وأهليتهم والميراث والوصية والوقف والولاية.

وازدادت أهمية الشرية الاسلامية بعد التعديل الدستورى الحديث الذى نص على اعتبارها المصدر الرئيسى للتشريع. فالدستور هنا يلزم المشرع بأن يلجأ الى الشريعة الإسلامية أولاً كمصدر موضوعى يستقى منه القاعدة القانونية، فإن لم يجد فيها حلاً يمكنه أن يلجأ لمصدر أخر بشرط ألا يتعارض ذلك مع روح الاسلام ومقاصده.

(جـ) الشريعة الاسلامية كمصدر رسمى احتياطى:

تنص المادة الاولى من القانون المدنى على أنه: «إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية».

فى الفرض السابق تكون الشريعة مصدراً مادياًوموضوعياً، أى لا تطبق مباشرة بل بعد اعتماد المشرع لها وذلك عن طريق صياغتها فى قاعدة قانونية معينة، أما هنا فتعتبر الشريعة مصدراً رسمياً بمعنى أن القاضى يلجأ اليها مباشرة ليطبق حكمها فى النزاع المعروض عليه.

ولكن رجوع القاضى الى الشريعة الاسلامية هنا لا يكون إلا على سبيل الاحتياط بمعنى أنه إن لم يجد نصاً فى التشريع للنزاع المعروض أمامه فانه يبحث فى العرف، فإن لم يجد كذلك فإنه يطبق حكم الشريعة الاسلامية كمصدر رسمى احتياطى.

والشريعة هنا تتصف بالعمومية، بمعنى أن القاضى يلجأ اليها فى كل المسائل: الاحوال العينية والاحوال الشخصية وبغض النظر عن ديانة المتقاضين. فالشريعة الاسلامية هنا تعتبر مصدراً رسمياً احتياطياً عاماً، ولا شك أن فروض تطبيقها على هذه الصورة تعد ضئيلة.

(د) الدين كمصدر رسمى أصلى خاص:

يلجأ القاضى الى الدين كمصدر رسمى أصلى فى بعض مسائل الأحوال الشخصية. أى أنه فى تلك المسائل إذا عرض نزاع على القاضى فانه يطبق مباشرة أحكام الشريعة الأسلامية أو شريعة غير المسلمين إذا توافرت الشروط التى يستلزمها المشرع.

والرجوع الى الدين هنا بصورة مباشرة لا يكون إلا فى نطاق محدود، وهو بعض مسائل الأحوال الشخصية التى لم توحد بعد بقوانين عامة تسرى على كافة المصريين بغض النظر عن ديانتهم، وتنحصر تقريباً فى مسائل الزواج وما يتفرع عنه من نسب وحضانة ونفقة وطلاق وتطليق.

أما مسائل الأحوال الشخصية التى تم توحيدها بقوانين فان المصدر الرسمى فيها هو التشريع. والشريعة الاسلامية، في الواقع، تعد المصدر المادى الذى اشتقت منه تلك القوانين، ومن ثم تظل المصدر الموضوعى أو التاريخى الذى يرجع اليه لفهم وتفسير القوانين المذكورة.

وكقاعدة عامة تطبق شريعة غير المسلمين على المتخاصمين إذا اتحدا فى الديانة والطائفة و الملة، وكان النزاع متصلاً بالزواج وما يرتبط به. وتطبق الشريعة الأسلامية على المسلمين وعلى غير المسلمين إذا تخلفت شروط تطبيق شريعتهم. فإذا كان الزوجان مثلاً من الأقباط الأرثوذكس طبقت شريعتهم، أما إن كان احدهما من السريان أو الروم طبقت الشريعة الإسلامية.

(هـ) المقصود بالأحوال الشخصية:

يجرى العمل فى النظم القانونية الحديثة على عدم الفصل بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية، فالقانون المدنى يضم بين أحكامه المسائل المتعلقة بالأشخاص وتلك المرتبطة بالأموال، أى ينظم المركز القانونى للأشخاص والأموال.

ولكن المشرع المصرى جرى على التفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية، وتستمد تلك التفرقة جذورها ومبرراتها من نظام الامتيازات الأجنبية، وتعدد جهات القضاء وتعدد الشرائع الواجبة التطبيق على المصريين أنفسهم فى جانب كبير من معاملاتهم.

ولقد كان تحديد المقصود من اصطلاح الأحوال الشخصية أمراً على درجة كبيرة من الأهمية نظراً لما يترتب على ذلك من نتائج تتعلق بالأختصاص القضائى والتشريعى، فقد تعددت جهات القضاء من جهة والشرائع المطبقة من جهة أخرى.

أما اليوم وقد تم توحيد السلطة القضائية وصدرت تشريعات موحدة فى كثير من مسائل الأحوال الشخصية لتسرى على كل المصريين بغض النظر عن ديانتهم، فإن الأهمية العملية لوضع تعريف للمصطلح فقدت الكثير من أهميتها.

فلم يعد انتماء المسألة محل النزاع الى الأحوال الشخصية هو الفيصل فى تطبيق شريعة غير المسلمين إذا توافرت شروط ذلك التطبيق، بل ان المشرع قد حدد وحصر المسائل التى يمكن فيها الاحتكام الى شريعة المتقاضين، وهى تلك التى لم يصدر فيها تشريعات موحدة بعد، وتنحصر فى مسائل الزواج وما يرتبط بها.

(و) المسائل الموحدة فى نطاق الأحوال الشخصية:

لعل ايمان المشرع بالمساوئ العديدة التى تترتب على نظام التعدد القضائى والتشريعى وما يشكله ذلك من مساس بسيادة الدولة ووحدتها الوطنية المرتبطة بوحدة النظام القانونى وتكامله، هو الذى دفعه الى السير فى طريق التوحيد، ونأمل أن يصل به الى منتهاه المنشود.

بدأت الديانة المسيحية كملة واحدة ولكنها إنقسمت إلى ثلاثة مذاهب: الارثوذكس، والكاثوليك، والبروتستانت.

يقوم المذهب الارثوذكسي على أساس الطبيعة الواحدة للسيد المسيح (الإلاهية)، وقد ولد هذا المذهب على يد الكنيسة القبطية بالإسكندرية التي انشقت عن كنيسة روما الكاثوليكية التي ترى أن المسيح له طبيعتان إلاهية وبشرية. وانضم إلى المذهب الارثوذكسي غالبية مسيحي أهل الشرق، بينما يضم المذهب الكاثوليكي غالبية المسيحين الغربيين.

وظهر المذهب البروتستانتي (الإنجيلي) في القرن السادس عشر على يد الراهب الألماني مارتن لوثر. ويسود هذا المذهب البلاد الانجلوسكسونية وبصفة خاصة في انجلترا وأمريكا وشمال أوروبا وألمانيا، ويرى أن الانجيل هو المصدر الوحيد للمسيحية ومن حق كل فرد أن يقرأه ويفسره ولا يقتصر الأمر على رجال الكنيسة، فهم رجال عاديون.

وينقسم المذهب الارثوذكسي إلى أربعة طوائف هي الأقباط (المصريين) والروم والأرمن والسريان. وينقسم المذهب الكاثوليكي إلى سبع طوائف هي الأقباط والروم والأرمن والسريان والموارنة والكلدان واللاتين. ويترتب على وجود إحدى عشرة طائفة من الارثوذكس وأخرى إنجيلية وطائفتان من اليهود (الربانيون والقراءون) وجود ١٤ طائفة في مصر، ولكل طائفة منها قوانينها الواجبة التطبيق في منازعات الأسرة، التي لم توحد بعد، اذا كان الزوجان متحدين في الطائفة والملة. ويؤدي ذلك إلى الكثير من الفوضى والصعوبات لأن هذه القوانين غير محددة ويصعب على القاضي والأفراد الوصول إليها.

لذلك تدخل المشرع بنصوص تشريعية فى كثير من مسائل الأحوال الشخصية لتصبح موحدة بالنسبة لكافة المصريين أياً كانت ديانتم أى أن القاضى فى تلك المسائل يرجع الى تلك النصوص مباشرة.وهذه المسائل هى:

١- الحالة و الأهلية، تم تنظيمها بواسطة القانون المدنى فى الموادمن ٢٩ الى ٥١ (بدء الشخصية ونهايتها - والاسم واللقب - القرابة - الأهلية).

٢- نظم حماية عديمى الأهلية و ناقصيها (الولاية والوصاية والقوامة والحجر والاذن بالادارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً) وتخضع لاحكام القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢، والقوانين ٢٥ لسنة ١٩٢٠، ٢٥ لسنة ١٩٢٩، والمادة ٣٢ مدنى(أحكام المفقود).

٣- الهبة، نظمهاالقانون المدنى فى المواد من ٤٨٦ الى٥٠٤ .

٤- الميراث والوصية.

ولكن التساؤل ثار حول مدى مكنة الاتفاق بين الورثة غير المسلمين على تطبيق شريعتهم بعد أن صدر القانون المدنى ونص فى المادة ٨٧ على أن «تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الارث وانتقال أموال التركة اليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة بشأنها »ونصت المادة ٩١٥على أنه «تسرى عى الوصية أحكام الشريعة الأسلامية والقوانين الصادرة بشأنها ».

من المؤكد أن مسائل المواريث والوصية تعد من النظام العام و أنه يصعب القول بالأتفاق على ما يخالفها، إلا أن المشرع قد قبل مبدأ الاتفاق على استبعاد تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية لتطبق الشريعة الطائفية بين ذوى الشأن.

ويعن لنا أن نتساءل حول الأهمية العملية للخلاف القائم بصدد مكنة الأتفاق السابق من عدمه، لأنه بطبيعة الحال إن كان هناك اتفاق بين جميع الأطراف على الاحتكام الى شريعة معينة وتم توزيع الميراث طبقاً لذلك فان المسألة لن تأخذ صورة النزاع ولن يعرض الأمر أمام القضاء أما أن رفض أحد الورثة ذلك فإن الشرط اللازم وهو «اتفاق الجميع» سيتخلف وتطبق الشريعة الاسلامية.

وهذا هو الفرض الراجح لأنه لا يعقل أن يكون نصيب أحد الورثة قدراً معيناً حسب الشريعة الاسلامية ثم يرضى هذا الشخص بتطبيق شريعة أخرى تعطيه نصيباً أقل.

(ى) نطاق التعدد فى مسائل الأحوال الشخصية:

يتضح مما سبق أن المسائل التى لم توحد بعد ولازالت تطبق بشأنها الشرائع غير الاسلامية إذا توافرت شروط تطبيقها أصبحت تنحصر فى الزواج وما يتفرع عنه من نسب وحضانة ونفقه وطلاق وتطليق وتفريق.

فتلك هى المسائل التى تتعدد بشأنها الشرائع المطبقة حسب ديانة المتخاصمين، ولا يخفى ما فى هذا التعدد من مساس برقى النظام القانونى وسيادة الأمة، لذلك نطالب مع الفقه بحركة توحيد فى هذا الشأن، إن لم يكن هناك تشريع موحد يطبق على كل المصريين أياً كانت ديانتهم، فلتوحد على الأقل تلك المسائل بالنسبة لغير المسلمين حتى لا تتعدد الشرائع بهذه الفوضى حسب الطوائف (١٤طائفة).

وجرت بالفعل عدة محاولات فى هذا المجال ولكنها لم ترى النور. ولعل ذلك راجع الى حساسية تلك المسائل واتصالها بالعقيدة الدينية،

هذا بالأضافة الى الخلافات القائمة بين الطوائف، ولم يصل المجتمع المصرى بعد الى المرحلة التى تمكنه من تجاوزها. ولعل القضاء يلعب دوراً هامًا في هذا الصدد، حيث تجرى الأحكام على تطبيق نفس الحلول بالنسبة لكافة منازعات الأسرة (مسلمين وغير مسلمين) خاصة وأنها تتسم بالطابع المالي والاجرائي، اللهم فيما يتعلق بالتطليق وتعدد الزوجات.

المطلب الرابع
مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

طبقاً لنص المادة الأولى من القانون المدنى تعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدراً إحتياطياً يلجأ اليه القاضى فى النهاية إذا لم يجد نصاً تشريعياً أو عرفياً أو لم يجد فى مبادئ الشريعة الاسلامية حلاً للنزاع المعروض عليه.

يتمثل القانون الطبيعي فى القواعد التى يستخلصها العقل البشرى من طبيعة الروابط الاجتماعية، فهى المبادئ التى يهتدى بها المشرع أحياناً كمثل أعلى فى صياغته للتشريع.

أما العدالة فهى مرادف للقانون الطبيعى من حيث تعبيرهما عن المبادئ التى تتفق مع العقل والعدل والأخلاق ويوحى بها الضمير الانسانى بهدف تحقيق المساواة.

وفى الحقيقة فإن مبادئ القانون الطبيعى والعدالة تعتبر فكرة غير محددة، ولا يعبر هذا المصدر عن قواعد محددة منضبطة بالمعنى الصحيح. ولكن أراد المشرع بهذا «أن يلزم القاضى فى أن يجتهد برأيه

فى الحالات التى لا يجد لها حلاً فى التشريع أو فى العرف أو مبادئ الشريعة الاسلامية، حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء، وهو فى اجتهاده هذا لا يتأثر بأفكاره الذاتية ولا بما يراه هو محققاً للعدالة وانما يجب أن يصدر فى ذلك عن اعتبارات موضوعية عامة يستلهمها من القانون الطبيعى وقواعد العدالة أو من قانون الدولة، أو من القانون بصفة عامة».

ولكن من الناحية العملية فإن هذا المصدر من مصادر القانون يندر الألتجاء اليه.لأن لجوء القاضى إلى ذلك يعنى وجود نقص فى النظام القانونى، أضف إلى ذلك أن قواعد العداله والقانون الطبيعي ليست ضابطاً يقينياً، لذلك فأن الأمر قد يختلف بشأنها من قاضى الى أخر. لهذا فأن المشرع كثيراً ما يتدخل ليضع نصوصاً قانونية تنظم المسألة محل النقص في التشريع.

فمثلاً كان القضاء المصرى يحمى الملكية الأدبية والفنية (حق المؤلف) استناداً الى قواعد العدالة. حيث كان يلزم من يعتدى على هذه الحقوق بأن يعوض أصحابها عن الاضرار التى تصيبهم بسبب هذا الأعتداء. وكان يقرر أيضاً مسئولية صاحب الحق (المالك مثلاً) إذا هو تعسف فى استعمال حقه على نحو يسبب ضرراً للغير. إلا أن المشرع تدخل بعد ذلك وقنن حلول القضاء بنصوص تشريعية.

المبحث الرابع
تطبيق القانون

يقوم القضاء بتطبيق القانون، وهو فى هذا التطبيق يقوم بتفسيره مستعيناً بعدة ضوابط منها أراء الفقه. وللقانون نطاق سريان معين سواء من حيث الزمان أو من حيث المكان، فهو يستمر فى التطبيق حتى يتم الغائه أو تعديله. ونتناول تلك المسائل فى المطالب الآتية:

المطلب الأول
جهاز القضاء

القضاء يعتبر أحد سلطات الدولة الثلاث، وهو الذى يقوم على تطبيق القانون. ويؤكد الدستور استقلال القضاء ويحرص على توفير الضمانات له حتى يعمل القضاة فى جو من الثقة والحرية.

والقضاء فى مصر ينقسم الى جهتين: جهة القضاء العادى وهى ذات الولاية العامة التى تختص بالفصل فى جميع المنارعات إلا ما يستبعد صراحة من اختصاصها بنص صريح.

وهناك جهة القضاء الادارى (مجلس الدولة) وتختص بنظر المنازعات التى تكون الادارة طرفاً فيها. وذلك كمنازعات الجنسية والقرارات الأدارية والعقود الادارية.

(أ) تشكيل جهة القضاء العادى:

وتضم القضاء المدنى، والقضاء الجنائى وعلى رأسهما محكمة النقض:

١- القضاء المدنى: ويختص بالفصل فى المنازعات المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية. ويضم ثلاثة أنواع من المحاكم: فهناك المحاكم الجزئية، وتتكون من قاض واحد وتوجد فى عاصمة كل مركز أو

قسم وهى فى أول السلم القضائى إذ تختص بالمنازعات التى لا تجاوز قيمتها نصاباً معيناً (خمسة الاف جنيه مثلاً).

وهناك المحاكم الابتدائية، وتتكون من ثلاثة قضاة، وتختص بالمنازعات التى تزيد قيمتها عن النصاب السابق. وتليها محاكم الاستئناف، وتضم ثلاثة مستشارين، وتختص بالنظر فى الطعون المرفوعة ضد أحكام المحاكم الابتدائية.

٢- القضاء الجنائى: ويختص بنظر الأفعال محل التجريم وتطبيق العقوبات المقررة بشأنها.

وينقسم الى محاكم الجنح وتختص بالنظر فى المخالفات والجنح، ومحاكم الجنح المستأنفة ومقرها عواصم المحافظات وتختص بالنظر فى الطعون المرفوعة أمامها ضد أحكام محاكم الجنح، ومحاكم الجنايات وتوجد فى نفس المدن التى بها محاكم استئناف وتختص بالنظر فى الجنايات وبعض الجنح.

٣- محكمة النقض: وتعتبر قمة جهة القضاء العادى، وهى محكمة وحيدة مقرها القاهرة وتنظر كافة المسائل المدنية والتجارية والجنائية ومسائل الأحوال الشخصية.

«ومهمة هذه المحكمة هي السهر على توحيد فهم القانون وتوحيد الاتجاهات القضائية فى شأنه فضلاً على أنها تراقب سلامة وحسن تطبيقه وهى تمارس تلك المهام بمناسبة ما يرفع اليها من طعون فى الأحكام الصادرة أساساً من محاكم الاستئناف بسبب مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو فى تأويله، أو إذا وقع بطلان فى الحكم أو فى الاجراءات أثر فى الحكم».

٤- القضاء الإدارى: ويتمثل فى مجلس الدولة حيث يختص بالمنازعات التى تكون الادارة طرفاً فيها. وينقسم الى قسمين: قسم الفتوى ويقوم بابداء الرأى فى المشاكل القانونية التى تعرضها عليه الجهات الادارية، ويقوم كذلك باعداد مشروعات القوانين واللوائح التى تحال اليه من الحكومة.

وهناك القسم القضائى ويفصل فى المنازعات الادارية، ويضم عدة درجات من المحاكم: المحاكم الأدارية، ومحكمة القضاء الادارى، والمحكمة الادارية العليا التى تأتى على قمة القضاء الادارى.

٥-المحكمة الدستورية العليا: وتقوم على رأس الجهاز القضائى المصرى. وتختص وحدها بنظر دستورية القوانين وذلك فى حالة الادعاء أمام إحدى المحاكم بأن القانون المراد تطبيقه مخالف للدستور. وتقوم بتفسير النصوص التشرعية التى يختلف على مضمونها وذلك حرصاً على وحدة التطبيق أمام المحاكم.

المطلب الثانى
تفسير القانون

(أ) مفهوم التفسير:

يستلزم تطبيق القواعد القانونية فى الواقع العملى القيام بتفسيرها أى التعرف عليها وتحديد مضمونها والشروط التى تلزم لتطبيقها ومدى إنطباقها على الحالة المعروضة أمام المحكمة.

والنص قد يكون سليماً وواضحاً، إلا أنه فى بعض الأحيان يشوبه نقص أو غموض أو تناقض، وفى كلتا الحالتين فإن التفسير أمر لازم لتطبيق النص على النزاع المطروح أمام المحكمة.

(ب) أنواع التفسير:

هناك ثلاثة أنواع من التفسير حسب الجهة التى تقوم به: التفسير التشريعى، التفسير القضائى، التفسير الفقهى.

١- التفسير التشريعى: قد تختلف المحاكم عندتطبيق قانون معين وتصدر كل محكمة حكماً مختلفاً فى مسائل متشابهة بسبب فهم كل منهما للقانون على نحو مغاير، وقد تقوم المحاكم بتطبيق القانون على نحو يخالف قصد المشرع الحقيقى، فهنا يتدخل المشرع ليصدرتفسيراً للقانون تلتزم به المحاكم.

فالتفسير التشريعى تقوم به ذات السلطة التى أصدرت التشريع المراد تفسيره، لهذا يعتبر التفسير جزءاً مكملاً للتشريع ويكون ملزماً للقاضى يتقيد به عند التطبيق. بل أن السلطة المفسرة تستطيع أن تنتهز الفرصة لتعدل أو تضيف بعض الأحكام إلى التشريع الذى ربما يكون قد خرج فى عجالة وتبين نقصه أوتعيبه عند التطبيق وهذا جائز لأن السلطة التى تقوم بالتفسير هى التى أنشأت التشريع وتختص به.

إلا أنه فى بعض الأحيان يفوض المشرع سلطة أخرى فى تفسير التشريع تفسيراً ملزماً. مثل اختصاص مجلس ادارة الهيئة العامة للاصلاح الزراعى بتفسير أحكام قانون الاصلاح الزراعى. واختصاص لجنة عليا بتفسير قانون ايجار الأماكن. واختصاص المحكمة الدستورية بتفسير كل النصوص التى يعرضها عليها وزير العدل.

وفى هذه الحالات تستطيع هذه الجهات القيام بالتفسير ويكون ملزماً للقاضى. ولكن مهمتها تقتصر على التفسير وليس لها حق التعديل أو الأضافة لأن ذلك من اختصاص السلطة التشريعية.

٢- التفسير القضائى: يقوم القاضى بتفسير القانون حتى يتمكن من

تطبيقه على النزاع المعروض عليه. فالنصوص تعتبر عامة مجردة ويتولى القاضى إعمالها وإستخراج الحلول منها للمشاكل الماثلة أمامه.

لذلك فأن التفسير القضائى يعتبر ذا صبغة عملية لأن القاضى يقوم بالتفسير بمناسبة نزاع مطروح أمامه فهو لا يقوم بذلك من تلقاء نفسه بل بناءاً على طلب الخصوم ورغبة فى الوصول الى الحل المناسب للمعطيات والظروف والملابسات العملية التى تعرض أمامه ومدى انطباق النص عليها.

والتفسير القضائى وإن طبق على النزاع المعروض إلا أنه لا يكون ملزماً للمحاكم الأخرى، بل أن المحكمة التى فسرت القانون على نحو معين بمناسبة نزاع سابق تستطيع أن تعدل عن هذا التفسير وتأخذ بتفسير أخر فى قضية مماثلة. كما أن المحاكم الأدنى درجة لا تتقيد بهذا التفسير. والاستثناء الوحيد على ذلك هو التفسير الذى تصدره المحكمة الدستورية العليا ،فهو يكون ملزماً لكل المحاكم.

٣- التفسير الفقهى: ويقوم به الفقهاء ورجال القانون من خلال ما يعدون من مؤلفات وأبحاث أو فى صورة فتاوى تصدر فى مناسبات معينة.

والتفسير الفقهى لا يكون - عكس التفسير القضائى - بمناسبة حالة معروضة - بل هو تفسير عام يتناول القانون بصفة عامة فى جملته لذا فهو يتسم بالطابع النظرى.

إلا أن التفسير الفقهى يأخذ فى الاعتبار الواقع العملى من خلال دراسته لأحكام القضاة الصادرة تطبيقاً للقانون محل الدراسة والمشاكل التى تعرض بمناسبة تطبيق هذا القانون. لذلك فأن التعاون قائم بين الفقه والقضاء بهدف الوصول الى الحلول الملائمة من خلال التفسير السليم للنصوص.

(جـ) طرق التفسير:

أولاً- هناك التفسير اللفظى المستخلص من عبارات النص وألفاظه، فإذا كانت عبارات النص واضحة فى الدلالة على حكمه وجب إعمال هذا الحكم والتقيد به إذ لا مجال للتفسير فى حالة النص الصريح.

وفهم النص قد لا يكون من عبارته بل من روحه وفحواه، أى مما يستفاد من مجموع العبارات وتقريب كل منها ومقارنتها بالاخر. ويؤخذ بالمعنى الذى يستفاد من اشارة النص أى ما يعتبر لازماً للمعنى المستفاد من العبارة. ويعتد كذلك بالمعنى المأخوذ من روح النص أى ما يمكن استنتاجه عن طريق مفهوم الموافقة أو عن طريق مفهوم المخالفة.

ومفهوم الموافقة يعنى القياس أى تطبيق الحكم الموضوع لحالة معينة على كل حالة أخرى تتوافر فيها نفس العلة وتتفق معها فى الظروف. فمثلاً نص القانون على أن التوقيع على سند بالأمضاء يعتبر حجة على صاحبه، يمكن القياس عليه أن التوقيع بالبصمة أو الختم تكون له نفس الحجية.

ومثال ذلك أيضاً نص القانون على أن من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها فى الحال هى ومن يزنى بها يعاقب بالحبس، أى أن عقوبة الزوج القاتل تخفض من الجناية الى عقوبة الجنحة. يواجه النص فرض قتل الزوج للزانين معاً ولكن الزوج يستفيد من التخفيف من باب أولى إذا قتل أحدهما فقط أو أحدث به عاهة مستديمة.

أما الاستنتاج بمفهوم المخالفة فهو «أعطاء حالة غير منصوص عليها عكس حكم حالة منصوص عليها، إما لأختلاف العلة فى الحالتين، وإما لأن اقتصار النص على هذه الحالة يفيد تخصيصها وحدها بالحكم الوارد فيه و نفى هذا الحكم عما عداها من حالات من نفس النوع».

ومثال ذلك نص القانون على أنه إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن. يدل هذا النص بمفهوم المخالفة على أن تبعة الهلاك بعد التسليم تكون على المشترى.

ثانياً - وهناك التفسير المستخلص من عناصر خارجية، ويكون ذلك فى حالة النص المعيب، كأن يكون به خطأ مادى أو معنوى أو أن يكون غامضاً أو به نقص أو تناقض، فهنا يستعين القاضى بعناصر خارجية يستلهم منها المعنى الحقيقى للنص. وهذه العناصر هى:

١- تقريب النصوص من بعضها البعض، أى يفسر القاضى النص على ضوء النصوص المقاربة، إذ يمكن أن يفسر ويكمل بعضها البعض فهى جزء من كل متكامل.

٢- المصادر التاريخية، أى يمكن الرجوع مثلاً الى القانون الفرنسى، الأصل التاريخى المأخوذ منه النص الغامض، ويتم الرجوع الى القانون الأمريكي إذ كان النص مأخوذاً عنه، والرجوع الى فقهاء الشريعة الاسلامية بالنسبة للنصوص المشتقة منها.

٣- الأعمال التحضيرية، أى الأعمال والوثائق التى تصاحب اعداد القانون سواء المذكرات التفسيرية والتقارير المعدة أو المناقشات فى المجلس حول إصداره، فكل ذلك يمكن أن يكشف عن القصد الحقيقى للمشرع.

٤- حكمة التشريع أى الغاية التى قصد المشرع تحقيقها من النص. هذه الغاية قد تكون مصلحة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية.

مثال ذلك اعتبار الليل ظرفاً مشدداً للعقوبة فى جريمة السرقة، فالحكمة من ذلك أن الظلام يشجع ويسهل ارتكاب الجرائم. هذه الحكمة

لا تتوافر فى وقت الغسق (الفترة التى تلى الغروب مباشرةً) أو فى وقت الفجر (ما قبل الشروق مباشرة) مع أن هاتين الفترتين تدخلان من الناحية الفلكية تحت لفظ الليل، لذلك لا تشدد عقوبة من يرتكب السرقة خلالهما.

المطلب الثالث

تطبيق القانون من حيث المكان

الأصل أن قانون كل دولة يطبق على رعاياها وفى داخل إقليمها، إلا أن الأمر من الناحية العملية ليس بهذه السهولة، فانتشار العلاقات الدولية وازدياد النشاط التجارى وتنقل الافراد والاموال بين الدول يثير التساؤلات حول إمكان تطبيق القانون على الوطنين المقيمين فى الخارج وعلى الاجانب المقيمين فى الداخل.

والاجابة على هذه التساؤلات تتوقف على المبدأ الذى تعتنقه الدولة، فهناك مبدأ الإقليمية وهناك مبدأ الشخصية.

فوفقاً **لمبدأ إقليمية القانون** يطبق القانون على كل ما يقع داخل الأقليم وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه، وطنيين كانوا أم أجانب، ولا يسرى القانون على ما يقع خارج الدولة ولا على الأشخاص المقيمين بالخارج حتى ولو كانوا من الوطنيين.

٢- أما **مبدأ شخصية القوانين** فيقضى بتطبيق القانون على كل رعايا الدولة حتى ولو كانوا فى الخارج، ولا يطبق على الأجانب المقيمين فى الداخل.

وإذا كان مبدأ الإقليمية يقوم على أساس ما للدولة من سيادة على إقليمها، فان مبدأ الشخصية يقوم على أساس ما للدولة من سيادة على رعاياها، وقد تفاوت الأخذ بكل من المبدأين بين الدول، إلا أنه من

الصعب تطبيق كل مبدأ على اطلاقه، لذلك فأن الدولة تأخذ من حيث الأصل بأحد المبدأين ثم تورد عليه بعض الاستثناءات التى تخفف من حدته، لهذا فاننا نجد فى النهاية تقارب الحلول والنتائج من الناحية العملية بين الدول.

مبدأ اقليمية القانون المصرى:

المبدأ الاساسى فى القانون المصرى هو اقليمية تطبيق القانون، فهو يطبق على كل من يقيمون فى مصر من وطنيين وأجانب ولايطبق خارج مصر حتى على المصريين.

ولكن المبدأ السابق ترد عليه عدة استثناءات تمنع أحياناً تطبيق القانون المصرى داخل الدولة وتمد هذا التطبيق فى أحيان أخرى الى خارج الاقليم.

١- تطبق القواعد القانونية المتعلقة بالحقوق والواجبات الوطنية (التى قررها الدستور للوطنيين) تطبيقاً شخصياً أى تسرى على المصريين فى الداخل والخارج و لا تسرى على الأجانب المقيمين فى مصر. ومثال ذلك حق الانتخاب والترشيح للهيئات النيابية وحق تولى الوظائف العامة وواجب أداء الخدمة العسكرية.

٢- الأصل أن قانون العقوبات يطبق على الجرائم التى ترتكب داخل مصر إلا أنه يطبق فى بعض الأحيان عى أشخاص غير مقيمين فى مصر أو على جرائم ارتكبت خارج إقليمها وذلك لاعتبارات مختلفة، فمثلاً يطبق قانون العقوبات على الجرائم التى ارتكبت فى الخارج إذا كانت هذه الجرائم تخل بأمن الدولة أو الثقة فى أوراقها الرسمية أو نقدها. ويطبق كذلك على الأشخاص المقيمين فى الخارج سواء كانوا مصريين أم أجانب، إذا كانت الجرائم التى ارتكبوها قد وقعت كلها أو بعضها فى مصر. وأخيراً يطبق

قانون العقوبات على ما يرتكبه المصريون فى الخارج من جرائم عند عودتهم الى أرض الوطن تهرباً من العقاب.

٣-فى كثير من الأحيان تؤدى قواعد القانون الدولى الخاص الى تطبيق القانون المصرى على علاقات خارج مصر، وتطبيق القوانين الأجنبية على علاقات داخل مصر. وكما رأينا فإن القانون الدولى الخاص يعين القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبى.

فتلك القواعد تقضى مثلاًبتطبيق قانون المورث بشأن الميراث، فالقانون الانجليزى يطبق على تركه الانجليزى المتوفى فى مصر، ويطبق القانون المصرى على تركة المصرى المتوفى فى الخارج.

وتطبق قواعد الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وغير ذلك تطبيقاً شخصياً. فبالنسبة للأجانب المقيمين فى مصر يطبق قانون جنسيتهم عليهم فى هذه المسائل، ويطبق فيها القانون المصرى على المصريين بالخارج.

المطلب الرابع
تطبيق القانون من حيث الزمان

القاعدة أن نطاق سريان القانون من حيث الزمان يبدأ بعد شهر من اليوم التالى لنشره فى الجريدة الرسمية، وينتهى بإلغائه أو باستبداله بقانون أخر. ولا تثور صعوبة بالنسبة للعلاقات التى تنشأ وتنتج أثارها فى ظل حياة القانون، فهى تخضع لحكمه، ولكن المشكلة تثور بالنسبة للعلاقات التى تنشأ فى ظل قانون معين وتمتد لتنتج أثارها فى ظل القانون اللاحق، فهنا يتنازع القانونان فى الزمان.

ومشكلة التنازع هذه يحكمها مبدآن أساسيان هما:

(أ) عدم رجعية القانون الجديد:

ويقضى هذا المبدأ بأن القانون الجديد لا يطبق على الوقائع التى تحدث قبل نفاذه، بل يطبق على تلك التى تلى هذا النفاذ. فالقانون الجديد ليس له أثر رجعى. بمعنى أنه يجب ألا يمس أو يعيد النظر من جديد فى الأوضاع والمراكز القانونية التى تكونت أو أنتجت أثارها أو انقضت فى ظل القانون القديم. وكذلك الحال بالنسبة لعناصر هذه المراكز.

فإذا بلغ شخص سن الرشد فى ظل قانون يجعل هذا السن ١٨سنة، ثم أبرم بعض التصرفات القانونية، فإن التصرفات تبقى صحيحة رغم صدور قانون يرفع سن الرشد الى ٢١ سنة أى أن الشخص يصبح قاصراً مرة ثانية ولكن ابتداء من تاريخ نفاذ القانون الجديد.

والعقد الذى أبرم فى ظل قانون لايشترط الرسمية يظل صحيحاً إذا ما صدر بعد ذلك قانون جديد يشترط الشكل الرسمى لانعقاده. والقانون الذى يصدر بتخفيض الأجرة لا يسرى على الأجرة التى استحقت فى ظل القانون القديم.

والمركز القانونى الناشئ عن الوصية يتكون من عنصرين هما أبرام الوصية ووفاة الموصى. فإذا صدر قانون جديد بعد ابرام الوصية فإنه لا يسرى على ما تم لأن القانون القديم هو الذى يحكم ابرامها من حيث أهلية الموصى والشكل الذى تتم فيه الوصية، أما وفاة الموصى فتخضع للقانون الجديد الذى حدثت فى ظله، فمثلاً إذا كان القانون الجديد يجيز الوصية فى حدود ربع التركة بدلاً من الثلث فهو الذى يطبق.

وإذا أقرض شخص شخصاً أخر قرضاً بفائدة ٨٪ ثم صدر قانون يخفض سعر الفائدة الى ٧٪ فإن القانون الجديد لا يمس الفوائد المستحقة على المدة السابقة على نفاذه.

الاستثناءات على مبدأ عدم الرجعية:

يرد على مبدأ عدم رجعية القوانين الجديدة إستثنا ءان:

الأول: حالة نص المشرع صراحة على أن القانون الجديد يسرى بأثر رجعى، ذلك أن مبدأ عدم الرجعية يقيد القاضى وليس المشرع الذى قد يرى سريان القانون الجديد على الماضى تحقيقاً للصالح العام.

ولكن يشترط حتى يكون للقانون أثر رجعى أن يصدر من البرلمان بأغلبية ثلثى الأعضاء وليست مجرد الأغلبية المطلقة.

ومن جهة أخرى فإنه لا يمكن بأى حال من الأحوال أن يسرى القانون الجنائى بأثر رجعى، فالقانون الذى يجرم فعل أو يقرر عقوبة لا يسرى على الوقائع التى تمت فى الماضى.

الثانى: ولكن يمكن لقانون العقوبات أن يسرى على الماضى إذا كان أصلح للمتهم. فإذا كان القانون الجديد يزيل وصف التجريم عن فعل كان مجرماً فى ظل القانون القديم أو يخفف العقوبة المقررة له فإنه يطبق على مرتكبى هذه الأفعال فى ظل القانون القديم.

(ب) سريان القانون الجديد بأثر مباشر:

يسرى القانون الجديد بأثر فورى عى ما يقع فى ظله بعد نفاذه حتى ولو كانت جذوره قد تمت فى الماضى، فهو يطبق على المراكز القانونية التى بدأ تكوينها أو انقضائها فى ظله. فالوصية مركز قانونى يمكن أن تنشأ (يتم تحريرها) فى ظل قانون معين، ثم تنفذ بعد وفاة الموصى فى ظل القانون الجديد. فتطلب الكتابة العرفية أو الرسمية (الشكل) أمر يخضع للقانون القديم، أما كون الوصية نافذة بنسبة الربع أو الثلث من مجموع التركة فهذا يخضع للقانون الجديد.

ويطبق القانون الجديد كذلك على الآثار المستقبلة للمراكز القانونية التى تمت وانقضت فى ظل القانون السابق، فسعر الفائدة يخضع للقانون الجديد منذ نفاذه، وكذلك الحال بالنسبة لعلاقة الموظف بالدولة، إذا صدر قانون جديد يطبق بأثر رجعى منذ نفاذه على هذه العلاقة.

الأستثناءات على مبدأ الأثر المباشر:

هذا الاستثناء خاص بالعقود التى أبرمت فى ظل قانون معين، حيث تظل خاضعة لهذا القانون سواء من حيث آثارها أم من حيث طرق إنقضائها. فالقانون القديم يستمر فى السريان (رغم صدور قانون جديد) ليحكم العلاقات العقدية التى نشأت فى ظله.

فالأفراد يبرمون العقد فى ظل قانون معين، يعرفون ويرتضون أحكامه وهم بالتالى يكيفون العقد ويلائمونه مع تلك الأحكام، لذلك يبدو من العدل وحرصاًعلى استقرار المعاملات الابقاء على ما اتفق عليه الأطراف دون تعديل، لهذا يظل القانون القديم سارياً على العقد الذى نشأ فى ظله.

ولكن يشترط لأعمال هذا الاستثناء أن نكون بصدد قواعد مكملة أى لاتتعلق بالنظام العام والآداب وبالتالى يُسمح للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، أى أن القانون يحترم ارادة الأفراد فى هذا الشأن. أماأن تعلق القانون الجديد بقواعد آمرة فإنه يطبق بأثر فورى على العقد. فقواعد تحديد الحد الأدنى للأجر فى عقد العمل تعتبر آمرة لهذا تطبق بأثر فورى إذا صدر بها قانون جديد رغم أننا بصدد علاقة عقدية كان ينبغى أن تظل خاضعة للقانون الذى أبرم العقد فى ظله.

المطلب الخامس
إلغاء القانون

القانون باعتباره استجابة وتفاعل مع متطلبات الواقع الاجتماعى يتغير باستمرار ليلائم ذلك الواقع ويتطور بتطوره.

والغاء القانون معناه انهاء القوة الملزمة له واستبداله بقانون أخر.والقاعدة فى هذا الصدد هى أن السلطة التى أنشأت القانون هى التى تملك الغائه. فالتشريع لا يلغى إلا بتشريع آخر من نفس الدرجة أو من درجة أعلى. فالدستور يعدل أو يلغى الدستور أو التشريع العادى، ولكن التشريع الفرعى أواللائحة لا يمكن أن يعدل أو يلغي تشريع.

وقد نصت المادة الثانية من القانون المدنى على أنه «لا يجوز الغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الالغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع» فهذا النص يبين أن الالغاء قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً.

(أ) الالغاء الصريح:

يتم الغاء التشريع صراحة إذا ورد نص فى التشريع اللاحق يقضى صراحة بالغاء العمل بحكم قاعدة قانونية سابقة. وقد يأتى النص الجديد عاماً دون تحديد، وذلك إذا نص على الغاء كل ما يخالفه من قواعد قانونية. وقد يأتى النص الجديد ببديل للحكم الملغى أو يقتصر الأمر على مجرد وضع حد للحكم الأول أى إنهاء حياته ورفع القوة الملزمة عنه.

وهناك صورة أخرى للإلغاء الصريح تتحقق عندما ينص التشريع ذاته على أن العمل به ينتهى بانتهاء الأجل المحدد. مثال ذلك القوانين

والأوامر العسكرية التى تصدر وقت الحروب والأزمات وينص فيها على أن يعمل بها مدة قيام الحرب أو الأزمة.

(ب) الالغاء الضمنى:

يتحقق الالغاء الضمنى للتشريع فى حالتين:

١- **التعارض بين القانون الجديد والقانون القديم:** إذا صدر قانون جديد تتعارض قواعده مع تلك الواردة فى قانون قديم، فهذا يعتبر إلغاءً ضمنياً للقانون القديم.

ولكن يشترط لذلك أن يكون التعارض تاماً، أما أن كان التعارض جزئياً فإن الالغاء يقتصر على الجزء محل التعارض فقط، والتعارض المقصود هو ذلك الذى يتعذر معه تطبيق الحكمين فى وقت واحد بل أحدهما فقط.

فقد يكون القانون القديم عاماً والجديد خاصاً، فهنا يظل القانون القديم سارياً إلا فيما يتعلق بالجزئية التى جاء بتخصيصها القانون الجديد، لذلك يقول الفقهاء بأن الخاص يقيد العام ولا يناقضه.

ونفس الحكم إذا كان القانون القديم يتضمن حكماً خاصاً بينما القانون الجديد يتضمن حكماً عاماً، فهنا لا يتأثر الحكم الخاص بل يظل سارياً باعتباره استثناءً وارداً على الحكم العام الذى أتى به التشريع الجديد. فالحكم الخاص لا يلغى ضمنياً بقانون يتضمن حكماً عاماً يتعارض مع الحكم الأول.

٢- **اعادة تنظيم نفس الموضوع من جديد:** يعتبر القانون منسوخاً فى حالة صدور قانون جديد ينظم تنظيماً كاملاً نفس الموضوع من جديد. فالتنظيم الجديد يقطع بالغاء التنظيم القديم. أى أن قصد المشرع يكون واضحاً فى انهاء القانون السابق حتى لو لم تكن قواعده متعارضة مع القانون الجديد.

الفصل الثاني
نظرية الحق

نعرض في البداية لمضمون الحق ثم نبين الشخصية القانونية صاحبة الحق.

المبحث الأول

مضمون الحق

تعتبر فكرة الحق من أبرز موضوعات القانون التى أثارت العديد من المناقشات الفقهية.

(أ) مفهوم الحق:

هناك عدة اتجاهات فى محاولة وضع تعريف للحق وبيان مقوماته، هذه الاتجاهات يمكن ردها الى ثلاثة مذاهب.

فهناك **المذهب الشخصى** الذى ينتمى الى التيار الفردى حيث يرى فى الفرد وإرادته نقطة انطلاق الفكر القانونى. لهذا فانه يرى فى الحق قدرة أو سلطة إرادية يعترف بها القانون للفرد.



وهناك **المذهب الموضوعى** الذى يرى أن دور الإرادة فى الحق ليس جوهرياً بدليل أن القانون يعترف بالحقوق للمجنون والغائب والصغير. ويرى أنصار هذا المذهب أن الحق هو مصلحة مادية وأدبية يحميها القانون. فالمصلحة أو المنفعة هى جوهر الحق وليس الارادة. والمصلحة قد تكون مادية وقد تكون معنوية كالحرية والشرف.

وهذا التعريف كان محلاً للنقد لأنه ينظر الى الحق من خلال موضوعه والغرض منه ولكنه لم يعرف الحق ذاته. فليست كل مصلحة يحميها القانون تعتبر حقاً. من ذلك فرض الدولة لرسوم جمركية مرتفعة على بعض السلع بهدف حماية المنتجات الوطنية، فأصحاب المصانع التى تنتج هذه السلع تكون لهم مصلحة فى ذلك ولكن لا يمكن القول بأن لهم حقًا فى فرض هذه الرسوم أو زيادتها أواستمرارها.

لهذا جاء المذهب المختلط الذى يجمع بين المذهبين السابقين وينظر الى الحق من خلال صاحبه أى الارادة، ومن خلال موضوعه أو الغرض

منه أى المصلحة، وأصبح التعريف السائد للحق هو إستئثار شخص بقيمة أو شئ معين يخوله التسلط والاقتضاء بهدف تحقيق مصلحة يحميها القانون لأنها ذات قيمة اجتماعية.

(ب) مقومات الحق:

من هذا التعريف يتضح لنا أن للحق مقومات أربع هى:

١- الاستئثار أى اختصاص شخص بمال أو قيمة معينة على سبيل الانفراد. وقد يرد الاستئثار على شئ مادى كالمنقول أو العقار أو على شئ ذهنى كنتاج الفكر أو على قيمة لصيقة بالشخص كسلامة الجسم أوعلى عمل معين.

لهذا يختلف الحق عن الحريات والرخص التى لا تعرف فكرة الاستئثار أو الانفراد، بل يتمتع الجميع بها على قدم المساواة كحرية السير فى الطرق العامة.

٢- التسلط الذى يأتى نتيجة طبيعية للاستئثار، فمن يستأثر بشئ يكون له التسلط عليه أى القدرة على التصرف بحرية فى الشئ محل الحق أو الاداء أو الامتناع عن العمل إذا كان وارداً على عمل.

إلا أنه فى بعض الاحيان يقيد القانون هذه القدرة بقيود معينة للصالح العام، كعدم جواز تصرف الشخص فى جسمه أو حياته وكوضع بعض القيود على حرية المالك فى استغلال ملكه.

٣- الاقتضاء أى يستطيع الشخص أن يقتضى من الناس كافة احترام حقه، إذ يقع إلتزام عام على الناس بالامتناع عن كل مامن شأنه أن يعوق إستئثار الشخص وتسلطه على الشئ أو القيمة محل الحق.

وقد يكون الحق فى مواجهة شخص أو أشخاص معينين أى فى صورة رابطة تقوم بينهم كحق الدائنية، إذ يستطيع صاحب الحق أن يقتضى حقه من المدين.

٤- الحماية القانونية أى الجزاء الذى يضعه القانون فى حالة الاعتداء على الحق. والدعوى القضائية هى الوسيلة لحماية الحق، والقانون لا يحمى الحق إلا إذا قدر أن المصلحة التى يرد عليها جديرة بالحماية أى ذات قيمة اجتماعية معينة.

(جـ) تقسيمات الحق ومحله واستعماله:

جرى الفقه على اجراء العديد من التقسيمات للحقوق بهدف بيان انواعها وخصائصها. إلا أن التقسيم السائد هو النظر الى الحقوق من خلال ما تمثله من قيمة مالية أو قيمة معنوية.أى أن هناك حقوق مالية وأخرى غير مالية.

وهذا التقسيم ليس على درجة كبيرة من الدقة نظراً لأن هناك بعض الحقوق غير المالية التى يمكن أن ترتب أثاراً مالية كحق البنوة الذى يرتب الحق فى الميراث والنفقة، وحق المؤلف الذى يعطى صاحبه الحق فى استغلال مؤلفه. إلا أن للتقسيم فوائد جمة من حيث شموله وتبيانه للخصائص الجوهرية لكل نوع من أنواع الحقوق.

نعرض لتلك الأنواع ثم نبين محل الحق واستعماله.

المطلب الاول
الحقوق غير المتعلقة بالمعاملات المالية

وهى الحقوق التى تتعلق باعتبارات لا تقوم بمال وهى بالتالى لا تدخل الذمة المالية ولا تكون محلاً للتصرفات كالبيع والهبة ولا تقبل الحجز أو التنازل عنها أو انتقالها بالميراث.

وتضم هذه الحقوق عدة أنواع هى: الحقوق السياسية والحقوق اللصيقة بالشخصية، وحقوق الأسرة، وحقوق المؤلف.

أولاً: الحقوق السياسية

وهى الحقوق التى يمنحها الدستور للمواطنين لانتمائهم إلى وطن معين، فهذا الانتماء يعطيهم الحق فى المشاركة فى شئون الجماعة وادارتها. وتنشأ هذه الحقوق بمناسبة تحديد نظام الحكم فى الدولة وادارتها، لذا يتولى القانون الدستورى و القانون الادارى بيانها وتحديد مضمونها.

ومن أهم الحقوق السياسية، حق الانتخاب أى اختيار من يمثل الشعب ويدير شئون الحكم، والمشاركة فى الحياة السياسية، وحق الترشيح، وحق تولى الوظائف العامة.

وتمنح هذه الحقوق للوطنيين فقط دون الاجانب لأنها لا تعتبر من قبيل الميزات الممنوحة لاعتبارات شخصية بل هى من قبيل التكاليف أو الواجبات فى نفس الوقت. فالانتخاب حق ولكنه واجب فى نفس الوقت.

ثانياً: حقوق الأسرة

وهى الحقوق التى تثبت للشخص باعتباره عضواً فى أسرة معينة والأسرة تتكون من مجموعة الأفراد الذين تربطهم رابطة قرابة.

وتقوم حقوق الأسرة بين أعضائها بعضهم قبل البعض، وتثبت لكل عضو حسب مركزه داخلها. فهى تختلف من الأب إلى الأم أو الأبن أو العم أو ابن العم أو الخال وهكذا.

خصائص حقوق الأسرة:

تتسم حقوق الأسرة بطبيعة خاصة، لهذا تنفرد بخصائص معينة تميزها عن غيرها من الحقوق.

١- لا تشكل حقوق الأسرة ميزات معينة، فهى لا تمنح لأصحابها على سبيل المكنة أو السلطة أو لتحقيق مصلحة شخصية لهم فحسب، بل تمنح لتحقيق غرض اجتماعى معين ألا وهو تحقيق التماسك والترابط والتعايش بين أفراد الأسرة.

فهى حقوق ذات وظيفة اجتماعية، لهذا لا تتضمن سلطات فحسب، بل تلقى على عاتق أصحابها واجبات معينة فى مقابل هذه السلطات، فالأب تكون له سلطة تأديب أولاده، ولكن عليه فى نفس الوقت واجب هذا التأديب والانفاق عليهم. وللزوج حق الطاعة على زوجته وعليه كذلك واجب أيوائها والانفاق عليها.

٢- تعتبر حقوق الأسرة حقوقاً غير مالية، لا يمكن تقويمها بمال لأنها ترمى إلى حماية قيم ومصالح ذات طبيعة معنوية. لذا فهى تخرج عن دائرة التعامل، فلا يملك أصحابها أن يتنازلوا عنها أو يتصرفوا فيها، ولا تكون محلاً للميراث، ولا يمكن الدائنين الحجز عليها.

إلا أنه يجدر الاشارة الى وجود بعض الحقوق المالية التى تنشأ للأفراد نتيجة مركزهم فى الأسرة ودرجة القرابة التى تربطهم بالأفراد الآخرين، مثل حق الأرث وحق النفقة.

٣- تتنوع حقوق الأسرة بتنوع وتعدد الروابط الأسرية والجوانب المختلفة التى تعكس نشأة الأسرة واستمرارها وانقضائها. فهناك الحقوق المتعلقة بالزواج والبنوة والنسب والولاية على الأبناء والنفقة بين الأقارب والطلاق.

٤-تدخل حقوق الأسرة فى صميم مسائل الأحوال الشخصية التى يسمح فيها بتعدد الشرائع المطبقة. فالشريعة التى تخضع لها هذه الحقوق - كما رأينا من قبل - تختلف باختلاف ديانة الأطراف.

ثالثاً: الحقوق اللصيقة بالشخصية

وهى الحقوق الطبيعية أو حقوق الأنسان لأنها تثبت للشخص بمجرد ولادته وترتبط معه حتى مماته، فهى تثبت للأنسان فى ذاته، وتتصل بشخصه لأنها ترمى إلى حمايته وحماية القيم اللصيقة به.

وتعتبر حقوقاً عامة لأنها تثبت لكل انسان دون تفرقة بين الجنس أو اللون أو الدين، ويطلق عليها أيضاً حقوق الشخصية.

تقسيم الحقوق الشخصية:

تتصل هذه الحقوق إما بمقومات الشخص المادية، وإما بمقوماته المعنوية، وإما بنشاطه.

١- الحقوق الواردة على المقومات المادية للشخصية: وتتمثل فى حق الحياة والحق فى السلامة البدنية، أى أن لكل شخص الحق فى حماية جسمه من الاعتداء عليه. لهذا فإن القانون يجرم القتل والضرب والاصابات ويعطى المضرور الحق فى الحصول على التعويض. ولايمكن المساس بجسم الانسان دون رضاه، لهذا فأنه كقاعدة عامة لا يمكن اجراء عملية جراحية أو عمل تحاليل طبية للشخص دون موافقته.

لكن هذا المبدأ يخضع لعدة استثناءات هى:

- يمكن اجراء الجراحة أو التحليل للمريض بعد موافقة ذويه فى الحالة التى يتعذر فيها الحصول على رضاه (الغيبوبة مثلاً).

- تقتضى المصلحة العامة اجراء التطعيم أو التحليل الاجبارى فى بعض الحالات، هنا لا تلزم موافقة الشخص.
- تتطلب اجراءات التحقيق المدنى أو الجنائى اجراء الكشف أو التحليل على بعض الأشخاص دون موافقتهم، مثل تحليل الدم فى حالة السكر، واستخدام الوسائل العلمية الحديثة التى تساعد على معرفة الحقيقة مثل مصل الحقيقة وجهاز كشف الكذب.
- القاعدة أنه لا يجوز التعامل فى جسم الانسان أى التصرف فيه حال الحياة أو بعد الممات، إلافى حالات استثنائية تتفق مع الصالح العام ونبل الغرض منها، مثل التبرع بالدم أو بأحدى الكليتين أو الايصاء بالجثة بعد الممات لمعهد أبحاث معين.

٢- الحقوق الواردة على المقومات المعنوية للشخص: وتتمثل المقومات المعنوية فى العناصر الأساسية التى لا تقوم الشخصية بدونها كالشرف والاعتبار والسمعة والمعتقدات، أضف الى ذلك السرية والاسم ونتاج الفكر.

فلكل انسان الحق فى حماية هذه المقومات المعنوية، لهذا فإن القانون يجرم كل اعتداء على الشرف أو السمعة (كجرائم القذف و السب والبلاغ الكاذب)، وكذلك إفشاء الأسرار، إذ يحرم القانون على من يلم باسرار معينة بحكم مهنته كالمحام أو الطبيب أن يفشى هذه الاسرار، ويحرم كذلك إنتهاك سرية المراسلات والاتصلات التليفونية.

ويكون لأصحاب هذه الحقوق فى حالة الاعتداء عليها الحق فى الحصول على تعويض عن الاضرار التى أصابتهم من المعتدى.

٣- الحقوق المتصلة بنشاط الشخصية: هناك العديد من الحقوق اللازمة للشخصية حتى تستطيع أداء دورها فى الحياة ومزاولة الأنشطة

الطبيعية. وتتمثل فى الحريات العامة الواجبة لكل الناس مثل حرية التنقل والعمل والتجارة والزواج والتفكير.

رابعاً: الحقوق الذهنية

وتسمى بحق المؤلف أو الحقوق المعنوية. هى الحقوق الواردة على قيم غير مادية وتضم نوعين من الحقوق.

- حقوق الملكية الصناعية والتجارية وترد على العناصر المعنوية فى المنشأة الصناعية أو التجارية، كالحق فى الأحتفاظ بالعملاء والحق فى براءات الاختراع والنماذج الصناعية والعلامات التجارية والاسم التجارى، فهذه العناصر تدخل فى مكونات المحل التجارى وتتم دراستها فى القانون التجارى.
- حقوق المؤلف، وتكون للشخص على انتاجه الذهنى المبتكر أى الاعمال التى من خلقه وابتكاره وتعبر عن ملكاته وقدراته، سواء فى مجال العلوم أو الآداب أو الفنون.

ولدراسة حق المؤلف نتعرف على صاحب الحق، ثم على مضمونه وطبيعته، وأخيراً وسائل حمايته.

(أ) من هو المؤلف؟

هوكل ما ينتج انتاجاً ذهنياً، أياً كان نوعه، والطريقة التى يعبر بها عنه كتأليف الكتب والرسم والموسيقى والتصوير والتمثيل والنحت والاختراعات العلمية وبرامج الحاسب إلى غير ذلك من صور النشاط الذهنى.

والمؤلف هو صاحب العمل الذهنى الذى ينسب اليه وينشر باسمه. وقد يتم نشر المصنف تحت اسم مستعار، أو تحت رمز أو علامة معينة، فإذا ثار نزاع حول صاحبه كان كل من يدعى نسبه إليه أن يقيم الدليل على ذلك، لأن ذكر الاسم على المصنف يعتبر قرينة على أنه هو صاحبه.

والتأليف قد يكون **مشتركاً**، أى أن العمل يقوم بتأليفه أكثر من مؤلف. فإذا كان اشتراكهم مختلطاً يتعذر معه فصل نصيب كل منهم فى العمل عن أنصبة الآخرين، أعتبروا جميعاً أصحاب حق على المؤلف بالتساوى، هذا ما لم يتفقوا فيما بينهم على خلاف ذلك. ويلزم توافر اجماعهم حتى يمكن مباشرة الحق الذهنى. وفى حالة الخلاف يتولى القضاء الفصل بينهم.

أما إذا كان المصنف يقبل الأنقسام، أى يمكن فصل نصيب كل منهم عن أنصبة الآخرين، يجوز لكل مؤلف أن يستقل باستغلال الجزء الذى يخصه بشرط ألا يؤدى ذلك الى الاخلال باستغلال المصنف المشترك. وفى جميع الحالات فإن مباشرة حقوق المؤلف تتم بالاتفاق بين المشتركين فيه.

والتأليف قد يكون **جماعياً** فى حالة المصنف الذى يشترك فى وضعه جماعة بتوجيه شخص طبيعى أو معنوى يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه، ويندمج عمل المشتركين فيه فى الهدف العام الذى قصد إليه هذا الشخص الطبيعى أو المعنوى، بحيث لا يمكن فصل عمل كل المشتركين وتمييزه على حده.

ومن أمثلة المصنفات الجماعية دائرة المعارف البريطانية والموسوعات العلمية التى تصدرها دور النشر الكبيرة، وتفسير الأزهر للقران الكريم.

ويعتبر الشخص الطبيعى أو المعنوى، الذى وجه ابتكار هذا المصنف ونظمه، مؤلفاً، ويكون له وحده الحق فى مباشرة حقوق المولف.

(ب) ما هو المصنف محل الحق الذهنى؟

المصنف الذى يحميه القانون هو ذلك الذى يتوافر فيه عنصر الابتكار. والابتكار لا يقتصر على الاختراع أو التجديد الكامل، بل

يمتد ليشمل كل اضافة أو تجديد جزئى سواء فى المضمون أو طريقة العرض أو الأسلوب. يكفى أن يتسم الانتاج الفكرى بالطابع الذى يفصح عن شخصية صاحبه وفنه.

ويعتبر بالتالى من قبيل المصنف الترجمة لأنها تنم عن شخصية المترجم فى الالمام باللغتين واختيار الألفاظ والعبارات. ويعتبر كذلك إعادة اظهار مصنف سابق مع تحويله الى لون جديد، كقيام المخرج بتحويل القصة الى فيلم سينمائى أو عمل مسرحى، ويدخل فى الحماية أيضاً من يقوم بتلخيص أو تحوير أو تعديل أو شرح أو التعليق على عمل أصلى بأى صورة تظهره فى شكل جديد.

ويدخل أيضاً فى مفهوم المصنف ما يقوم به بعض الأفراد من تجميع مختارات من الشعر والنثر والموسيقى وغيرها من مجموعات، كأحكام القضاء والقوانين إذا كان هذا التجميع لا يقتصر على مجرد النقل أو التجميع دون اضافة أو ابتكار بل ينطوى على مجهود شخصى فى الترتيب والتبويب والاختيار.

ومن أمثلة المصنفات التى تشملها الحماية: المصنفات المكتوبة، المصنفات الداخلة فى فنون الرسم والتصوير، المصنفات التى تلقى شفوياً كالخطب والمحاضرات، المصنفات التمثيلية والموسيقية والسينمائية و السمعية والبصرية، الخرائط والمخطوطات، مصنفات الحاسب الالى.

(جـ) مضمون حق المؤلف:

ينطوى حق المؤلف على جانبين، أحدهما أدبى والآخر مادى.

أما الجانب الأدبى فيتمثل فى الصلة الوثيقة بين العمل الذهنى ومؤلفه. فصاحب المصنف يمتع بسلطات كاملة على انتاجه تؤكد أبوته له، فهو يستطيع أن ينشر المصنف منسوباً إليه وحده أى يضع اسمه عليه أو لقبه أو اسم مستعار.

وله الحق أيضاً فى تقرير نشر المصنف من عدمه، وتحديد طريقة النشر، بل له حق سحبه من التداول أو ادخال تعديلات جوهرية عليه أو التحوير فيه.

أما الجانب المادى فيبدو من خلال حق صاحب المصنف فى أن يستغله على النحو الذى يدر عليه المنفعة والربح، فهو يستطيع وحده إستغلال مصنفه مالياً بأية طريقة من طرق الاستغلال. ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون أذن كتابى سابق منه أو ممن يخلفه.

(د) طبيعة حق المؤلف:

استقر الرأى على أن حق المؤلف ذو طبيعة مزدوجة، فهو يتضمن حقين منفصلين، أحدهما أدبى أو معنوى والأخر مالى ، ويترتب على ذلك:

١- يعتبر الجانب الأدبى من الحقوق اللصيقة بالشخصية، وبالتاى فهو لا يدخل فى الذمة المالية ولا يجوز التصرف فيه أو الحجز عليه.

أما الجانب المالى فيعتبر من الحقوق المالية التى تكون محلاً للتعامل فيها. إذ يمكن التصرف فيه بعوض أو على سبيل التبرع ويمكن الحجز عليه سداداً للديون.

٢- ينتقل الحق المالى إلى الورثة حال وفاة المؤلف شأنه فى ذلك شأن سائر الاموال الأخرى.

أما الحق الأدبى فلا ينتقل إلى الورثة إلا فى حدود معينة هى الاعتداء على هذا الحق وحفظ كرامة المؤلف وسمعته، وإذا مات المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه إنتقل حق تقرير النشر إلى من يخلفوه. أما إذا كان المؤلف قد أوصى بمنع النشر أو تعيين موعد له أو بأى أمر أخر وجب تنفيذ ما أوصى به.

٣- الحق الأدبى للمؤلف يعتبر مؤبداً، أما الحق المالى فمؤقت، إذ قيد المشرع هذا الحق بمدة معينة يصبح بعدها المصنف جزءاً من الثروة الفكرية العامة. فقد نص على انقضاء حقوق الاستغلال المادى بمضى خمسين سنة على وفاة المؤلف.

(هـ) حماية حق المؤلف:

هناك عدة طرق لحماية حق المؤلف ووقف الاعتداء عليه:

١- يستطيع المؤلف أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية إتخاذ بعض الاجراءات التحفظية بهدف المحافظة على حقه إلى حين الفصل فى دعواه ضد المعتدى.

ومن أمثلة هذه الاجراءات التحفظية وقف نشر أو عرض المصنف محل الاعتداء وتوقيع الحجز عليه وعلى نسخه وصوره والمواد المستعملة في ذلك وحصر الأيراد الناتج من النشر غير المشروع.

٢- يرفع النزاع أمام المحكمة المختصة للفصل فيما إذا كان هناك اعتداء من عدمه. وإذا ثبت الاعتداء جاز لها أن تأمر باتلاف نسخ أو صور المصنف الذى تم نشره بوجه غير مشروع، كما أن لها أن تأمر بتغيير معالم النسخ والمواد المستعملة أو جعلها غير صالحة للعمل على نفقة المعتدى.

٣- وفى جميع الحالات تقضى المحكمة للمؤلف بالحصول على تعويض عن الاضرار التى أصابته من جراء الاعتداءعلى حقه.

٤- قرر المشرع كذلك عقوبة جنائية توقع على المعتدى تتمثل في الغرامة والحبس أو باحدى هاتين العقوبتين. ويجوز الحكم بأغلاق المؤسسة ومصادرة الأدوات التى استعملت للنشر غير المشروع، وكذلك مصادرة جميع النسخ المقلدة. ويجوز للمحكمة أن تأمر بنشر الحكم فى جريدة أو أكثر على نفقة المعتدى.

المطلب الثانى
الحقوق المالية

وهى تلك الحقوق التى يمكن تقويمها بالنقود، وتدخل فى دائرة التعامل أى تكوت محلاً للتصرفات المالية، فهى تقبل الأنتقال والتنازل والميراث ويمكن الحجز عليها لأنها تدخل فى الذمة المالية للشخص.

والحقوق المالية تنقسم الى مجموعتين: حقوق شخصية وأخرى عينية.

الفرع الاول
الحقوق الشخصية

الحق الشخصى هو رابطة بين شخصين أحدهما دائن والأخر مدين. إذا نظرنا الى تلك الرابطة من وجهة نظر الدائن سميت حقاً لأن الدائن صاحب حق، أما إذا نظرنا اليها من وجهة نظر المدين سميت التزاماً لأن المدين عليه التزام.

هذه الرابطة تعطى الدائن الحق فى مطالبة المدين بأداء معين، هذا الأداء قد يكون القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. فالبائع يلتزم فى مواجهة المشترى بتسليم الشئ المبيع، والثانى يلتزم فى مواجهة الاول بدفع الثمن. والعامل يلتزم فى مواجهة رب العمل بأداء عمل معين، والامتناع عن افشاء سر العمل، ويلتزم الثانى فى مواجهته بدفع الأجر.

أما الحق العينى فهو سلطة لشخص على شئ مادى، هذه السلطة تكون مباشرة، ولا تحتاج لتدخل من شخص أخر. فمالك العقار له سلطة مباشرة عليه يستطيع بمقتضاها أن يتصرف فيه أو يستغله أو ينتفع به.

فمحل الحق العينى شئ مادى، أما محل الحق الشخصى فهو عمل

معين، يدين به شخص لشخص أخر، لهذا يسمى بحق الدائنية وتتم دراسته تحت نظرية الالتزامات في الفصل الثالث والرابع.

يعتبر الحق الشخصى نسبى، لأنه لا يحتج به إلا في مواجهة المدين فقط، أما الحق العينى فهو مطلق، يحتج به وينتج أثره فى مواجهة الكافة.

يستطيع صاحب الحق العينى أن يتتبع الشئ محل حقه فى أى يد كانت، إذ يمكن للمالك أن يسترد الشئ ممن إغتصبه أو سرقه لأنه صاحب سلطة مباشرة على هذا الشئ.

ويتمتع صاحب الحق العينى بميزة أو حق الأفضلية، أى أنه يستأثر بسلطته على الشئ لا يزاحمه فيه أحد.

أما الحق الشخصى فلا يتضمن هذه الميزة، فالدائن يستطيع التنفيذ على الضمان العام للمدين، أى جميع أموال المدين الموجودة عند الحجز. ويتساوى جميع الدائنين فى ذلك، أى تقسم تلك الأموال بينهم بنسبة قيمة حق كل دائن دون أفضلية بينهم، أو أسبقية لأحدهم على الأخر.

الفرع الثانى

الحقوق العينية

الحق العينى هو سلطة مباشرة لشخص على شئ معين بالذات وتنقسم الحقوق العينية الى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية.

(أ) الحقوق العينية الأصلية

وهى الحقوق التى تقوم بذاتها مستقلة عن أى حق أخر، بخلاف الحقوق العينية التبعية التى لا تنشأ إلا استناداً إلى حق آخر هو الحق الشخصى كى تضمن الوفاء به كما سنرى.

وهناك عدة حقوق عينية أصلية تختلف بينها باختلاف مضمونها ونطاق السلطات التى تعطيها لاصحابها.

فحق الملكية هو أكمل وأوسع هذه الحقوق لأنه يعطى صاحبه كل السلطات علي الشيئ المادى وهى الاستعمال والاستغلال و التصرف. أما الحقوق الأخرى فتعتبر حقوق فرعية عنه لأنها تقتصر على منح بعض هذه السلطات فقط. وهذه الحقوق هى: حق الانتفاع، حق الاستعمال والسكنى، حق الحكر، حق الارتفاق.

١- حق الملكية: وهو أهم الحقوق وأكملها، ويكون لشخص على شيئ مادى ويتضمن كافة السلطات على الشئ، فللمالك حق استعمال واستغلال الشيئ والتصرف فيه.

- الاستعمال، أى استخدام الشيئ أو الافادة منه دون المساس بجوهره، كالاقامة بالمنزل أو ركوب السيارة.
- الاستغلال والاستثمار، ويقصد به الحصول عما يتولد من الشئ من من ثمار أو نتاج، كالمحاصيل وأجرة المبانى والأرباح والفوائد.
- التصرف، أى التسلط الكامل على الشيئ، وقد يكون مادياً كاجراء التعديل أو التغيير فيه أو استهلاكه والقضاء عليه، مثل بناء المنزل أو تعليته أو هدمه.

وقد يكون التصرف قانونياً كأن يتخلى المالك عن ملكيته للشيئ لشخص أخر بمقابل أو على سبيل التبرع.

٢- حق الانتفاع: ويعطى لصاحبه (المنتفع) سلطة الاستعمال والاستغلال على الشئ دون سلطة التصرف التى تبقى للمالك.

لهذا فان المنتفع يستعمل الشيئ بحالته التى تسلمه بها وبحسب ما أعد له، وتكون له ثمار الشئ وعليه أن يديره إدارة حسنة ويبذل من

العناية فى حفظه ما يبذله الشخص المعتاد لأنه يلتزم برده عند انتهاء حق الانتفاع.

وهذا الحق مؤقت، فإذا لم يعين له أجل استمر طوال حياة المنتفع، أى ينتهى بوفاته ولا ينتقل الى الورثة.

٣- حق الاستعمال و السكنى: ويقتصر هذا الحقان على وجه واحد من حق الملكية ألا وهو الاستعمال، فليس لصاحبهما الاستغلال أو التصرف. فان كان لشخص استعمال منزل فله أن يسكنه دون أن يؤجره أو يتصرف فيه. والسكنى أحد أوجه الاستعمال.

٤- حق الحكر: أصبح هذا الحق نادر الوجود لأنه لا يتقرر إلا على الأرض الموقوفة. وقد الغى القانون الوقف الاهلى وعمل على تصفية الأحكار القائمة على الأوقاف الخيرية.

ويعطى حق الحكر لصاحبه مكنة الغراس والبناء على الأرض وتملك ما يغرسه أو يبنيه وله حق التصرف فيه. وينتهى الحكر بحلول الأجل المتفق عليه ويجب ألا تزيد مدته عن ستين سنة.

وهو لا ينتهى بوفاة المحتكر بل بحلول الأجل، لذا فهو حق مؤقت.

٥- حق الأرتفاق: هو حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار أخر غيره يملكه شخص أخر. والعقار الذى يتحمل الأرتفاق يسمى بالعقار الخادم، أما العقار المستفيد فيسمى بالعقار المخدوم.

ومن أمثلة حقوق الأرتفاق، حق المرور الذى يكون لصاحب عقار غير متصل بالطريق العام، عبر العقار المجاور لهذا الطريق، وحق المطل الذى يبيح فتح مطلات على ملك الجار طبقاً للمسافة القانونية أو المتفق عليها. وحق الشرب للأرض من المجرى المائي الخاص بالجار.

والأرتفاق يكون مقرراً لصالح عقار، لهذا فهو يرتبط به ويظل قائماً ما بقى العقار، ولاينقضى بتغير المالك. ولكن يمكن الأتفاق على إنهائه خلال مدة معينة. وحق الأرتفاق لا يكون الا بين عقارين مملوكين لشخصين مختلفين. فلا يتصور قيام هذا الحق بين عقارين مملوكين لنفس الشخص.

(ب) الحقوق العينية التبعية

وهذه الحقوق تعتبر عينية لأنها ترد عى شيئ معين وتعطى صاحبها سلطة مباشرة على هذا الشيئ، ولكنها لا تقوم استقلالاً بل بالتبعية لحق شخصى أى ضمان الوفاء به. فالدائن صاحب الحق الشخصى قد يتعرض لمخاطر عدم الحصول على سداد دينه لأن المدين يمكن أن يهرب أمواله أى يتصرف فيها على نحو لا يبقى لديه شيئ يستطيع الدائنون التنفيذ عليه، وقد يكون هنال أكثر من دائن فى الوقت الذى لا تكون أموال المدين كافية لسداد ديونه جميعاً (الافلاس أو الاعسار). وقد يموت المدين وينكر الورثة وجود الدين من خلال الدفع بالجهالة.

لهذا جاءت الحقوق العينية التبعية مثل الرهن لتكون بمثابة تأمين أو ضمان خاص للدائن. فالحق العينى التبعى يرد على مال معين من أموال المدين يستطيع الدائن التنفيذ عليه عند عدم السداد. هذا المال يمكن للدائن أن يتتبعه ولو خرج من تحت يد المدين وتكون له سلطة التنفيذ عليه بالأفضلية على غيره من الدائنين العاديين.

وتنقسم الحقوق العينية التبعية بحسب مصدرها الى:

١- حق الرهن ويقرر بناء على اتفاق أو عقد.

٢- حق الاختصاص ويكون بأمر من القضاء.

٣- حق الامتياز ويكون بناء على نص القانون.

١- **حق الرهن:** وهو نوعان رهن رسمى، ورهن حيازى.

- الرهن الرسمى، وينشأ بعقد رسمى على عقار لضمان الوفاء بالدين، ويعطى للدائن سلطة التقدم على الدائنيين العاديين والدائنيين التاليين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ثمن العقار. وهو يستطيع أن يتتبع العقار فى أى يد تكون.
- الرهن الحيازى، وهو كالرهن الرسمى فى أنه ينشأ بعقد ويعطى للدائن ميزة الأسبقية فى استيفاء الدين، وسلطة تتبع الشيئ، إلا أنه توجد عدة فوارق بينهما هي.

أولاً: لا ينشأ الرهن الرسمى إلا بعقد رسمى يتم على يد موظف مختص، ولا بد من شهره بالشهر العقارى، أما الرهن الحيازى فينشأ بمقتضى عقد رضائى أى بمجرد الاتفاق دون إستلزام شكل معين.

ثانياً: يترتب على الرهن الحيازى وضع الشيئ المرهون فى حيازة الدائن المرتهن أو من ينوب عنه، أى ينتقل اليه الشئ أما الرهن الرسمى فيبقى العقار المرهون تحت يد المدين.

ثالثاً: يمكن أن يرد الرهن الحيازى على العقار أو المنقول، أما الرهن الرسمى فلا يرد إلا على العقار.

٢- **حق الاختصاص:** ويعطى لصاحبه كذلك حق الاولوية و حق التتبع فى إستيفاء الدين، ولكنه لا يتقرر بالاتفاق بل بناء على أمر من القاضى، ويكون على عقار أو أكثر من أموال المدين.

٣- **حقوق الامتياز:** وهى لاتقرر باتفاق الطرفين ولا بأمر من المحكمة، بل يقررها القانون مباشرة لبعض الديون نظراً لما يتوافر فيها من صفات خاصة. لهذا فأن هذه الديون تعتبر ديوناً ممتازة يستوفيها أصحابها بالتقدم والأولوية على بقية الدائنيين.

وحقوق الامتياز قد تكون عامة ترد على جميع أموال المدين دون تحديد مال معين. مثال ذلك المبالغ المستحقة للخزانة العامة، والمبالغ المستحقة كأجور ورواتب العمال، ومبالغ نفقة الأقارب.

وهناك حقوق الامتياز الخاصة التى ترد على عقار أو منقول معين بالذات، مثال ذلك امتياز بائع العقار أو المنقول على المبيع ضماناً للوفاء بالثمن.

المطلب الثالث
محل الحق

يردالحق إما على شيئ من الأشياء كما هو الحال فى حق الملكية الذى يكون لصاحبه سلطة مباشرة على الشيئ، وقد يكون محل الحق عملاً يقوم به المدين كاعطاء شيئ، مثل التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري، أو أداء عمل معين، أو الامتناع عن عمل، مثل الالتزام بعدم افشاء أسرار عمل.

فإذا ورد الحق على شيئ سمى بالحق العينى، أما إن ورد على عمل سمى بالحق الشخصى، إلا أن الحق يمكن أن يرد على قيم معنوية مثل الحقوق اللصيقة بالشخصية وحقوق الأسرة وحق المؤلف. ويشترك الحق الشخصى مع الحق العينى فى أن كل منهما يمكن أن يُقوَّم بمال، أى يعتبران من الحقوق المالية. ونتناول فيما يلى محل الحق المالى أى الأعمال والأشياء.

الفرع الأول

الأعمال

الأعمال هى موضوع الحق الشخصى، فقد رأينا أن محل الحق الشخصى هو دائماً عمل يقوم به المدين، بخلاف الحق العينى الذى يرد على شيئ من الأشياء.

والعمل قد يكون إيجابياً كالتعهد بنقل البضائع أو إصلاح آلة أو بناء منزل، وقد يكون سلبياً أى الامتناع عن عمل معين، مثل التزام بائع المحل التجارى بالامتناع عن فتح محل مماثل فى نفس المنطقة.

وقد يأخذ العمل صورة الالتزام باعطاء، أى نقل حق عينى على شيئ، كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى.

شروط محل الحق الشخصى:

يشترط فى العمل محل الحق الشخصى شروط ثلاثة هى:

١- أن يكون العمل ممكناً، أى لا ينبغى أن يكون العمل مستحيلاً، إذ لا يمكن الالتزام بأمر يستحال تحقيقه.

والاستحالة المقصودة هى الاستحالة المطلقة، أى تلك التى تقوم بالنسبة لجميع الاشخاص بحيث لا يستطيع المدين أو أى شخص أخر تنفيذ الأداء. مثال ذلك تعهد جراح باجراء عملية جراحية لشخص تبين أنه قد مات قبل العقد، وتعهد محامى باستئناف حكم أصبح نهائياً لفوات ميعاد الطعن قبل التعهد.

أما الأستحالة النسبية أى التى تقوم بالنسبة لبعض الأشخاص دون البعض الأخر فلا تمنع قيام الالتزام، ويكون المحل صحيحاً. مثال ذلك تعهد شخص لا يعرف الرسم برسم لوحة زيتية، أو تعهد شخص جاهل باجراء أبحاث علمية متخصصة فى مسألة معينة.

فى هذه الحالات يقوم الالتزام صحيحاً لأن العمل يكون ممكناً فى ذاته، فهو مستحيل بالنسبة للمدين، وممكناً بالنسبة لغيره، لهذا فأن المدين يكون مسئولاً أمام الدائن عن عدم التنفيذ، ويلتزم بتعويضه عن الأضرار التى تصيبه بسبب تخلفه عن الوفاء بالتزامه.

وإذا تمثل العمل فى اعطاء شيئ، وجب أن يكون هذا الشيئ موجوداً وقت التعاقد أو قابلاً للوجود، فلا يمكن التعهد بنقل ملكية شيئ تبين هلاكه قبل التعاقد، ولكن من الممكن تعهد تاجر بتوريد بضائع معينة سيقوم بتصنيعها.

٢- أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعيين، فلا يمكن للشخص أن يلتزم بعمل غير معين، إذ لا بد من تحديد الالتزام الواجب على المدين الوفاء به.

وتعيين العمل يكون ببيان نوعه وصفته ومداه وأبعاده وزمنه، كتحديد أوصاف البناء الذى يتعهد المقاول ببنائه.

وإذا كان محل الالتزام إعطاء شيئ وجب أن يكون هذا الشيئ معيناً. وتختلف معايير التعيين بحسب الأشياء، فقد يتم تعيين الشيئ بذكر موقعه ومساحته وأوصافه (الالتزام بنقل ملكية عقار)، وقد يتم بذكر نوعه ومقداره ووزنه (الالتزام بتسليم عدة قناطير من القطن أو عدة أرادب من القمح).

ولا يلزم أن يكون المحل معيناً تماماً بل يكفى قابليته للتعيين، كمن يتعهد بتوريد كمية الفاكهة التى ينتجها بستانه لشركة معينة، فالكمية غير محددة سلفاً ولكنها تقبل التحديد مستقبلاً.

٣- أن يكون المحل مشروعاً، أى ينبغى الا يخالف النظام العام والآداب، كالتعهد بتوريد مخدرات أو تهريب عملات أو بتسهيل علاقات جنسية غير مشروعة.

الفرع الثانى

الأشياء

الأشياء تكون محلاً للحقوق العينية. ويمكن تقسيم الأشياء عدة تقسيمات، منها تقسيمات الى عقار ومنقول، أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك، أشياء مثلية و أشياء قيمية.

أولاً: العقار والمنقول

ينص القانون المدنى على أن كل شيئ مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك فهو منقول.

فالثبات والاستقرار هو معيار التفرقة بين المنقول والعقار. فالأرض وما يتصل بها على سبيل القرار كالمبانى والمزروعات تعتبر عقارات، أما الأشياء التى يمكن نقلها دون تلف أو تغيير فى طبيعتها فهى منقولات، كالحيوانات والأثاثات والآلات الى غير ذلك.

ولكن هناك بعض الحالات التى يعامل فيها العقار معاملة المنقول إذا كان من المتوقع أن يصير هذا العقار منقولاً، وهناك حالات أخرى عكسية يعامل فيها المنقول معاملة العقار إذا كان هذا المنقول مخصصاً لخدمة العقار وملتحقاً به.

(أ) العقار بطبيعته: الأصل أن كل شيئ ثابت لا يمكن نقله دون تلف يعتبر عقاراً بطبيعته، كالاراضى وما فى جوفها من مناجم ومحاجر وما ثبت فوقها من مبانى ومزروعات.

أما ما يمكن نقله من مكان لأخر دون تلف أو تغيير حالته فلا يعتبر عقاراً، كالأكشاك والخيام والنباتات الموجودة بأوعية معدة للنقل.

(ب) العقار بالتخصيص: يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذى

يضعه صاحبه فى عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله. فالعقار بالتخصيص هو فى الأصل منقول، ولكنه يعامل على سبيل الاستثناء معاملة العقار، ولكن يشترط لذلك شرطان:

١- يجب أن يكون المنقول مملوكاً لنفس مالك العقار، أى يلزم اتحاد المالك. مثال ذلك الآلات والمواشى المملوكة لصاحب الأرض، ويخصصها لخدمتها، أما إن كانت مملوكة للمستأجر فلا تعتبر عقارات بالتخصيص.

٢- يجب أن يكون المنقول مخصصاً لخدمة العقار أو استغلاله وليس لمجرد خدمة المالك. فسيارة صاحب المصنع لا تعتبر عقاراً بالتخصيص بينما تعد كذلك السيارة المخصصة لنقل مستلزمات المصنع والعاملين فيه.

ومن أمثلة العقارات بالتخصيص ما يرصد لاستغلال الارض الزراعية من آلآت و أسمدة ومواشى، وما يوضع بالفنادق من أثاث.

(جـ) حكم العقار بالتخصيص: متى أخذ المنقول حكم العقار بالتخصيص فإنه يعامل معاملة العقار فى حدود هذا التخصيص أى فى حدود الهدف من إعتباره كذلك. فالمنقول المرصود لخدمة العقار واستغلاله يجب أن يرتبط به ولا ينفصل عنه.

وعلى هذا لا يجوز الحجز على المنقول منفصلاً عن العقار المرصود على خدمته، وكذلك يتبع العقار بالتخصيص مصير العقارالملتحق به عند التصرف فيه أو رهنه.

ولكن هذه الأحكام لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم فأنه يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف ذلك كبيع أو رهن المنقول منفصلاً عن العقار، ويمكن الفصل بينهما كذلك.

(د) المنقول بطبيعته: الأصل أن كل شيئ يمكن نقله من مكانه دون تلف يعتبر منقولاً بطبيعته، بشرط ألا يكون مخصصاً لخدمة عقار أو إستغلاله، أى لا يكون عقاراً بالتخصيص.

والمنقول قد يكون من الأشياء المادية التى تدرك بالحواس مثل الحيوانات والآلآت وكذلك الغاز و الكهرباء، وقد يكون من الأشياء المعنوية كالأفكار والمخترعات.

(هـ) المنقول بحسب المآل: هو فى الأصل عقار بطبيعته أى شيئ ثابت ومتصل بالأرض على سبيل القرار، ولكنه يأخذ وصف المنقول وحكمه على سبيل الافتراض باعتبار أنه سيصير إلى ذلك فى وقت قريب.

مثال ذلك المبانى المعدة للهدم، والأشجار المراد قطعها والثمار الناضجة قبل جنيها، فهذه أشياء ثابتة ولكنها تعتبر منقولات بحسب المآل لأنها ستصير كذلك فى القريب العاجل، لذلك فهى تأخذ حكم المنقول.

(و) أهمية تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات: تبدو أهمية التفرقة بين العقارات والمنقولات من خلال اختلاف النظام القانونى لكل منها:

١- يتطلب القانون إجراءات شهر معينة بالنسبة للتصرفات الواردة على العقارات. فانتقال الحقوق العينية كحق الملكية لا يكون إلا بالتسجيل إذا كان وارداً على عقار، أماإن كان وارداً على منقول فانه يكتفى بمجرد العقد.

٢- حيازة المنقول بحسن نية تعتبر سنداً للحائز فى إثبات ملكيته، أما فى العقار فلا يكفى مجرد الحيازة بحسن نية، بل يلزم توافر السبب الصحيح، وأن تستمر الحيازة مدة خمس سنوات.

٣- بعض الحقوق العينية لا يترتب إلا على العقار دون المنقول، وذلك كحق الارتفاق وحق الحكر وحق السكنى والرهن الرسمى وحق الاختصاص.

٤- نظراً لثبات العقارات وأهميتها، خصها المشرع بنوع معين من الحماية يتمثل فى دعاوى الحيازة (دعوى منع التعرض، دعوى وقف الأعمال الجديدة، دعوى إسترداد الحيازة)، هذه الدعاوى تحمى حيازة العقار دون المنقول.

٥- حق الشفعة لا يكون إلا في العقار دون المنقول. والشفعة هى أولوية تعطى للجار والشريك يستطيع بمقتضاها أن يشترى العقار المبيع.

٦- كقاعدة عامة يتحدد الاختصاص المكانى بنظر الدعاوى بموطن المدعى عليه. أى أن المحكمة الكائنة بموطن المدعى عليه هى التى تختص بنظر الدعوى.

وإذا تعلق النزاع بعقار، فإن الاختصاص ينعقد لمحكمة موقع العقار. أما أن تعلق الأمر بمنقولات فتطبق القاعدة العامة أى موطن المدعى عليه.

٧- اجراءات التنفيذ على المنقولات أسهل وأسرع منها على العقارات. التنفيذ الجبرى هو تنفيذ الدائنين على أموال المدين لبيعها جبراً وإستيفاء حقوقهم من ثمنها.

٨- يضع القانون بعض القيود على الأشخاص الاعتبارية فى تملك العقارات دون المنقولات. فالجمعيات لا يجوز لها أن تمتلك من العقارات إلا فى الحدود الضرورية لتحقيق أغراضها.

مما سبق يتضح لنا اختلاف النظام القانونى للعقارات عنه فى

المنقولات ويرجع ذلك لأسباب تاريخية مقتضاها أهمية العقارات وارتفاع قيمتها وما تتمتع به من ثبات واستقرار ودوام. أما الآن فقد تغير الوضع الاقتصادى وأصبح المنقول فى بعض الأحيان أكثر أهمية وقيمة من العقار.

(ى) الأموال العقارية والأموال المنقولة: يعتبر مالاً عقاريا كل حق عينى يقع على عقار، بما فى ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار، ويعتبر مالاً منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية.

وعلى هذا يعتبر مالاً عقارياً جميع الحقوق العينية الأصلية والتبعية والدعاوى المتعلقة بها، طالما كانت واردة على عقار، ويتمثل ذلك فى حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه كحق الانتفاع والارتفاق والسكنى والحكر، والرهن الرسمى والاختصاص.

ويعتبر منقولاً كل ماعدا ذلك، أى الحقوق العينية الأصلية والتبعية والدعاوى المتعلقة بها طالما كانت واردة على منقول، وكذلك الحقوق الشخصية ولوتعلقت بعقار، مثال ذلك التزام مقاول باقامة بناء، ويعتبر مالاً منقولاً أيضاً الحقوق الذهنية والحق فى العلامة التجارية.

ثانياً: الأشياء المثلية والأشياء القيمية

الأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام البعض عند الوفاء، والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن. مثال ذلك الحبوب والفاكهة والأقمشة.

أما الأشياء القيمية، فهى لا تتماثل، ولا يحل بعضها محل البعض، بل تتفاوت فيما بينها على نحو يعتد به عند التعامل كالأراضى والمبانى.

تبدو أهمية تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية فى عدة نواحى هى:

١- نظراً لتماثل أحاد الأشياء المثلية فإن بعضها يقوم مقام البعض فى الوفاء، أما الأشياء القيمية فلا يحل بعضها محل البعض فى الوفاء بسبب التفاوت القائم بينها.

فمن يبيع عقاراً يلتزم بتسليم هذا العقار بالذات و لا يمكن إجبار المشترى على قبول عقار أخر ولو كان أكثر من الأول قيمة. أما فى حالة الالتزام بتسليم شيئ مثلى ككمية من القمح فإن المدين تبرأ ذمته بتقديم كمية من نفس الصنف المتفق عليه.

٢- تنتقل ملكية الأشياء القيمية بمجرد العقد، أما الأشياء المثلية فإن ملكيتها لا تنتقل إلا من وقت الافراز، لأنها لا تعين بذاتها إلا من هذا الوقت.

٣- تتحقق المقاصة بين الأشياء المثلية فقط، أى بين دينين متقابلين محل كل منهما شيئ مثلى كالنقود.

ولا تقع المقاصة بين الأشياء القيمية، فالمدين الذى يلتزم بتسليم قطعة أرض معينة لشخص أخر لا يمكنه عمل المقاصة بين التزامه والالتزام الواقع على عاتق الآخر بتسليمه مبنى معين ولو كان لكل من الالتزامين نفس القيمة.

٤- إذا هلك الشيئ القيمى - الذى يلتزم المدين بتسليمه، بقوة قاهرة، كالحريق مثلاً سقط التزامه بالتسليم، أما إن كان الشيئ المراد تسليمه مثلياً ككمية من الحبوب فإن هلاكه لا يؤثر على التزام المدين، ويتعين عليه الحصول على بديله من الأسواق، فالمثليات يحل بعضها محل البعض.

المطلب الرابع
حماية الحق واستعماله
أولاً: حماية الحق

الحق باعتباره مصلحة يحميها القانونى يتطلب منا بيان كيفية هذه الحماية، فاقرار القانون للحق وحمايته له أمر ضرورى لوجوده وفعاليته.

والحماية القانونية للحق تتحقق من خلال تدخل السلطة العامة، إذ لا يقبل فى المجتمع الحديث الالتجاء إلى العدالة الخاصة التى يحصل فيها الشخص على حقه بنفسه.

(أ) صور حماية الحق: تختلف صور حماية الحق حسب طبيعة الحق ذاته. فالحقوق والحريات العامة والحقوق السياسية والحقوق اللصيقة بالشخصية غالباً ما يقرر القانون حمايتها بتوقيع جزاء يتمثل فى تقرير عقوبة على من يعتدى عليها. مثال ذلك حالات الاعتداء على سلامة جسم الانسان (قتل، اصابة،...) وعلى حرياته كحرمة مسكنه أو أمنه و المساس بحرياته العامة والسياسية.

أما الحقوق الخاصة ذات الطبيعة المالية فيكون الجزاء فيها من خلال الزام المدين أو المعتدى عليهاباحترام التزامه و رفع الاعتداء، وهذا ما يسمى بالتنفيذ العينى كطرد المغتصب من ملك الغير، وإجبار الملتزم بالنفقة على أدائها وذلك بالتنفيذ الجبرى على أمواله.

وإذا تعذر التنفيذ العينى أو استحال تم الالتجاء إلى التنفيذ عن طريق التعويض، أى بالزام من أخل بحقوق الغير بتعويضه عن الاضرار التى أصابته بسبب هذا الإخلال.

(ب) وسيلة حماية الحق: الدعوى هى الوسيلة التى يقررها القانون للحصول على حماية الحق.

والدعوى تكون ذات طبيعة عامة إذا كنا بصدد اعتداء على حق يمس سلامة وأمن الجماعة على نحو يتطلب توقيع عقوبة على المعتدى، والنيابة العامة هى التى تختص برفعها أمام القضاء.

أما إن تعلق الأمر بالاعتداء على حق من الحقوق الخاصة (الحقوق المالية على وجه الخصوص) فإن الدعوى تترك لأصحاب الحقوق أنفسهم، حيث تكون لهم السلطة الكاملة فى تحريكها أو التنازل عنها.

والدعوى باعتبارها الوسيلة الوحيدة لحماية الحقوق فى العصر الحديث، يلزم أن يكون صاحبها له مصلحة حتى تقبل منه أمام القضاء، وتتمثل المصلحة فى دفع الاعتداء عن حقه، وتقوم المصلحة كذلك إذا كان هذا الحق مهدداً بالاعتداء عليه.

ولا تقبل الدعوى إلا بصدد نزاع جدى بين عدة أشخاص، ويجب أن يرفع الدعوى شخص أهل للتقاضى. وهذه الأهلية هى الأهلية اللازمة للتصرف فى الحق محل النزاع.

(جـ) الحكم الصادر فى الدعوى: بعرض النزاع أمام المحكمة وسماع المرافعة والتحقق من إدعاءات و أدلة الإثبات المقدمة وبحث موضوع الدعوى، يصدر القاضى حكمه فى الموضوع.

يحوز الحكم حجية الأمر المقضى ويصبح نهائياً إذا أصبح غير قابل للطعن فيه. ويصبح بمثابة سند تنفيذى فى يد صاحبه تقوم سلطات الدولة بتنفيذه تنفيذاً جبرياً.

والحكم الصادر فى الدعوى يعتبر ذا طبيعة كاشفة، فهو لا ينشئ الحق بل يكشف عن وجوده ويقرره، فالحق موجود سلفاً قبل الحكم.

ثانياً: استعمال الحق

(التعسف فى استعمال الحق)

لم يكن من المتصور فى ظل المذهب الفردى التحدث عن التعسف فى استعمال الحق، إذ طبقاً لهذا المذهب يتمتع صاحب الحق بحرية مطلقة فى استعمال حقه، وليس من قيود على حقه سوى حقوق الأخرين.

إلا أنه أمام ازدهار الفلسفة الاجتماعية و الأفكار الاشتراكية أصبح الحق ذا وظيفة اجتماعية، فهو لا يُمنح لاشباع الانانية الفردية، بل لتحقيق غاية معينة، فإذا انحرف صاحبه فى استعماله عن هذه الغاية اعتبر متعسفاً فى استعمال هذا الحق.

ويختلف التعسف فى استعمال الحق عن فكرة مجاوزة الحق والخروج عنه.

فالخروج عن الحق يعتبر فعلاً غير مشروع فى ذاته لأن صاحبه يخرج عن الحدود التى رسمها له القانون. مثال ذلك تجاوز المالك أرضه إلى أرض الجار أثناء أقامته للبناء.

أما فى حالة التعسف فإن المالك يستعمل حقه طبقاً للحدود التى وضعها القانون، ولكن هذا الاستعمال يعتبر معيباً بسبب عدم مشروعية الغاية المنشودة أو النتيجة المتحصلة. مثال ذلك من يبنى حائطاً مرتفعاً بملكه بهدف حجب الضوء والحرارة عن جاره.

(أ) معايير التعسف فى استعمال الحق:

تقضى المادة الخامسة من القانون المدنى بأن استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية: أ-إذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير. ب-إذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج-إذا كانت المصالح التى

يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

هذا النص يضع ثلاثة معايير للتعسف هى:

١-قصد الاضرار بالغير.

يعتبر صاحب الحق متعسفًا إذا كان القصد الوحيد من إستعمال حقه هو الاضرار بالغير.

مثال ذلك الحالة التى يعمد فيها الشخص الى ادارة جهاز كهربائى فى عقاره بقصد التشويش على أجهزة لا سلكية يتجر فيها جاره، ومن يحفر أرضه لمجرد الأضرار بالأراضى الزراعية المجاورة، وفصل رب العمل للعامل لمجرد الانتقام منه بسبب مطالبته بحقوقه التى يقررها له قانون العمل.

والأصل أن الانسان يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً، لهذا فعلى من يدعى العكس إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات.

ومن القرائن التى يعتمد عليها القضاء فى إستخلاص قصد الاضرار إنعدام المصلحة لدى صاحب الحق فى استعمال حقه على نحو يضر بالغير، وكذلك الحال عند تفاهة هذه المصلحة. كالجار الذى يبنى فى ملكه سوراً شاهقاً حتى يحجب الضوء والهواء عن جاره.

٢- عدم تناسب مصلحة صاحب الحق مع الضرر الذى يصيب الغير.

ويعتبر صاحب الحق متعسفاً فى استعمال حقه إذا كانت المصلحة التى ستعود عليه قليلة الأهمية أى لا تتناسب إطلاقاً مع الضرر الذى يعود على الغير من جراء هذا الاستعمال.

ومعيار التعسف هنا موضوعى وليس ذاتى، أى أن مدى التناسب بين الضرر والمصلحة يقدره القاضى بصفة موضوعية حسب ظروف وملابسات كل حالة على حدة، ولا يعتد بالتقدير الشخصى للأطراف.

ومن التطبيقات التى أوردها المشرع لهذه الصورة: ليس لمالك الحائط الذى يفصل بناء يملكه عن بناء يملكه جاره أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى، أى دون مصلحة جدية، إذا كان هذا الهدم يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط.

ويقرر القانون لمالك العقار الخادم أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه، إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المخدوم، أو لم تبق له غير فائدة محددودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار الخادم.

٣-عدم مشروعية المصلحة المقصودة من استعمال الحق.

يعتبر صاحب الحق متعسفاً فى إستعمال حقه إذا كان هذا الاستعمال بهدف الوصول الى غاية غير مشروعة لا يقرها القانون. فالقانون يقرر الحقوق على ضوء ما تحتقه من مصالح مشروعة.

فيعتبر من قبيل التعسف فصل صاحب العمل أو جهة الادارة للعامل أو الموظف أو نقله بسبب نشاطه النقابى أو الحزبى أو ممارسته لحريته فى التعبير عن رأيه والنقد.

(ب) جزاء التعسف فى استعمال الحق:

تقضى المادة الرابعة من القانون المدنى بأن من يستعمل حقه إستعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر.

مقتضى ذلك أن من يستعمل حقه إستعمالاً غير مشروع يسأل عن الأضرار الناجمة عن ذلك، أى يلتزم بتعويض المضرور. والاستعمال غير المشروع هو التعسف فى استعمال الحق بحالاته الثلاث التى عرضناها طبقاً لنص المادة الخامسة من القانون المدنى.

ويقدر التعويض طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية وتُجمل تلك القواعد المادة ١٧١ مدنى بقولها « ١-يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف... ٢-ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضى، تبعاً للظروف، وبناء على طلب المضرور أن يأمر باعادة الحال الى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض».

المبحث الثانى

صاحب الحق

لا يتصور وجود الحق إلا منسوباً الى شخص معين هو صاحب الحق. والشخص المقصود هنا هو الشخص القانونى أى الذى يتمتع بالشخصية القانونية، ويقصد بها الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

والشخصية القانونية تثبت لكل انسان، وتثبت أيضاً للوحدات الاجتماعية التى تتكون من مجموعات من الأشخاص أو الأموال، حيث إقتضت ضرورات الحياة الاجتماعية والاقتصادية الاعتراف لها بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية. مثال ذلك الدولة والشركة والجمعية والمؤسسة.

ونتناول الشخصية الطبيعية أولاً ثم نتعرض بعد ذلك للشخصية المعنوية.

المطلب الأول

الشخص الطبيعى

الشخص الطبيعى هو الانسان. وكل انسان تثبت له الشخصية مهما كان سنه أوعقله أوجنسه أو مركزه.

والشخصية تثبت للانسان بحسب الأصل منذ ولادته وتنتهى بوفاته، وهى تتميز بخصائص معينة.

لهذا فان دراسة الشخص الطبيعى تقتضى منا دراسة وجود الشخصية أى بدايتها ونهايتها، قبل أن نتعرض لخصائصها والمميزات التى تميز كل شخص عن غيره من الأشخاص.

الفرع الأول
وجود الشخصية

(أ) بدء الشخصية:

تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حياً، أى بخروج المولود كله وإنفصاله عن أمه إنفصالاً تاماً.

ويجب أن يكون الطفل حياً عند إنفصاله عن أمه حتى تثبت له الشخصية، أما إذا ولد ميتاً لم تثبت له الشخصية.

وتثبت واقعة الميلاد بالقيد بالسجلات الرسمية المعدة لذلك.

(ب) الشخصية الاحتمالية:

القاعدة أن الشخصية لا تثبت إلا بتمام الولادة حياً. ولكن القانون يعترف للجنين بشخصية إحتمالية يتمتع بمقتضاها بأهلية وجوب ناقصة، أى يستطيع أن يكتسب بعض الحقوق قبل ولادته كالحق فى ثبوت نسبه من أبيه، والحق فى الميراث والوصية.

إلا أن الحقوق التى يكتسبها الحمل المستكن تكون موقوفة على تمام ولادته حياً، فإذا تحقق ذلك تأكدت هذه الحقوق منذ ثبوتها، أما إذا ولد ميتاً زالت الحقوق المذكورة بأثر رجعى وأعتبرت كأن لم تكن منذ البداية.

(جـ) نهاية الشخصية:

تلازم الشخصية القانونية الانسان طوال حياته، وتنتهى بوفاة الشخص. والوفاة كالميلاد - تعتبر واقعة قانونية يمكن إثباتها بكافة طرق الاثبات. وتثبت فى السجلات الرسمية المعدة لذلك.

وتنتقل أموال المتوفى إلى الورثة منذ الوفاة محملة بما عليها من ديون، أي أن الورثة يلتزمون بسداد الديون فى حدود ما يؤول إليهم من تركة فقط، وما يزيد على ذلك ينقضى على الدائن.

(د) الموت الحكمى (المفقود):

الأصل أن الشخصية تنتهى بالموت الحقيقى، إلا أن القانون أعتبر المفقود فى حكم الميت بشروط معينة. يفرق المشرع بين ثلاثة فروض:

الأول: المفقود فى حرب أو حادث سفينة أو طائرة: هنا يعتبر المفقود ميتاً بعد مضى عام من تاريخ فقده، ولابد من صدور وقرار بذلك من رئيس مجلس الوزراء فى حالة غرق السفينة أو سقوط الطائرة، قرار من وزير الدفاع فى حالة الحرب، لبيان أسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتاً. يعتبر المفقود ميتاً وتنتهى شخصيته إبتداء من تاريخ صدور القرارونشره فى الجريدة الرسمية.

الثانى: المفقود فى حالة يغلب عليها الهلاك، مثل الزلزال والفيضان والحريق والوباء، هنا تصدر المحكمة حكمها باعتبار المفقود ميتاً بعد مرور أربع سنين من تاريخ الفقد وبعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة.

الثالث: المفقود فى الظروف العادية، كمن يترك منزله أو يسافر لأى غرض ثم تنقطع أخباره مدة طويلة بحيث لا يعلم حياته من مماته، هنا يترك للمحكمة سلطة الحكم بموت المفقود بعد مدة معقولة لا تقل بطبيعة الحال عن أربع سنوات، وذلك بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة.

ومتى حكم باعتبار المفقود ميتاً أخذ حكم الموت الحقيقى وتنتهى شخصيته من تاريخ الحكم، وتوزع تركته على الورثة، وتنقضى الرابطة الزوجية، ويحل لزوجته الزواج بغيره ولكن بعد إنقضاء فترة العدة.

وإذا ظهر المفقود حياً بعد ذلك جاز له إسترداد ما بقى من أمواله ومستحقاته بين يدى الورثة، أما ما يكونوا قد تصرفوا فيه فلا يكون له إسترداده لأنهم حسنوا النية.

أما بالنسبة للزواج فإن العقد الجديد ينفسخ إذا كان الزوج الثانى لم يدخل بها بعد، وكذلك الحكم إذا كان قد دخل بها وهو يعلم بحياة الزوج المفقود لأنه يكون سيئ النية. أما إذا كان الزوج الثانى حسن النية لا يعلم بحياة المفقود ودخل بالزوجة فإنها تكون له. والأصل أنه حسن النية وعلى من يدعي سوء نيته إثبات ذلك.

(د) خصائص الشخصية:

تتميز الشخصية بخصائص معينة، تلك الخصائص تحدد معالم الشخصية وتميزها عن غيرها. وهذه الخصائص هى: الحالة، الاسم، الذمة المالية، الأهلية، الموطن.

الفرع الثانى

الحالة

وتتمثل فى المركز الذى يشغله الشخص فى المجتمع الذى يعيش فيه من حيث إنتمائه الى مجتمع معين وتمتعه بالجنسية، وإنتمائه الى أسرة تربطه بأفرادها درجة معينة من القرابة، وإنتمائه أخيراً إلى ديانة من الديانات.

فحالة الشخص هى ما يتميز به الشخص من صفات يرتب القانون عليها أثراً فى حياته الاجتماعية وتحدد وفقاً لها نطاق شخصية الفرد. وعناصر الحالة هى الجنسية والأسرة والدين.

١- الجنسية: وهى الحالة العامة أو السياسية ويقصد بها إنتماء

الشخص إلى دولة من الدول، ويترتب عليها التفرقة بين الوطنيين والأجانب وإختلاف الحقوق التى يتمتع بها كل منهم.

فالحقوق والواجبات السياسية تعتبر قاصرة على الوطنيين دون الأجانب وذلك مثل حق الانتخاب والترشيح و تولى الوظائف العامة وواجب أداء الخدمة العسكرية.

أما بالنسبة لبقية الحقوق والحريات فالاصل أنها تمنح لكل من الاجانب والوطنيين. إلا أن هناك بعض القيود ترد بالنسبة للأجانب مثل حظر ممارسة بعض المهن ذات الاهمية الاجتماعية كالمحاماة والطب والمحاسبة، وحظر تملكهم للعقارات وخاصة الاراضى الزراعية.

٢- الحالة المدنية: وهى الصفة التى تحدد مركز الشخص باعتباره عضو فى أسرة معينة، فنطاق شخصيته وماله من حقوق وما عليه من التزامات يتوقف على مركزه فى الأسرة، فالزوج عليه الانفاق والتهذيب وله حق الطاعة على الاولاد والزوجة.

وتتكون الاسرة من مجموعة من الأشخاص تربطهم قرابة معينة والقرابة نوعان: قرابة نسب وقرابة مصاهرة.

فقرابة النسب تقوم على صلة الدم بين كل من يجمعهم أصل مشترك، وهى إما أن تكون قرابة مباشرة أى قرابة الأصول و الفروع كقرابة الأبن لأبيه أو لجده. وإما أن تكون قرابة حواشى أى بين من يجمعهم أصل مشترك دون تسلسل عمودى بينهم، إذ لا يكون أحدهم فرعاً للآخر، وذلك مثل قرابة الاخوة والعم وابن العم أو ابن الخالة.

والقاعدة فى حساب درجة القرابة هى إعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل، وعند حساب درجة الحواشى تعد الدرجات صعوداً من الفرع المشترك، ثم نزولاً منه الى الفرع الأخر، وكل

فرع فيما عدا الأصل المشترك يعد درجة.

وعلى هذا فالقرابة بين الجد وابن الابن تكون من الدرجة الثانية، وكذلك الحال بين الاخ وأخيه، أما بين أولاد الأعمام وكذلك أولاد الخالات فتكون من الدرجة الرابعة. والابن والاب من الدرجة الأولى، والعم والخال من الدرجة الثالثة.

أما قرابة المصاهرة فتنشأ بالزواج بين كل من الزوجين وأقارب الزوج الأخر. فهي لا تقوم بين أقارب كل من الزوجين بل تقتصرعلى كل من الزوجين وأقارب زوجه.

ويعتبر أقارب أحد الزوجين فى نفس القرابة والدرجة بالنسبةإلى الزوج الأخر. فوالد الزوج يعتبر قريباً للزوجة من الدرجة الأولى لأن تلك هى الدرجة التى تربطه بابنه (الزوج). وشقيق الزوجة يعتبر قريباً للزوج من الدرجة الثانية، ولكن هذه القرابة هى قرابة مصاهرة.

وحساب درجة القرابة يعتبر ذا أهمية كبرى فى تحديد الحقوق والالتزامات داخل نطاق الأسرة، مثال ذلك حق الأرث، والحق فى النفقة، وتحديد المحرمات من النساء.

٣- الحالة الدينية: القاعدة العامة فى القوانين الحديثة أن الدين لا يدخل فى الاعتبار عند تحديد الشخصية القانونية ونطاق ما تتمتع به من حقوق و ما تتحمل من التزامات.

إلا أنه على سبيل الإستثناء، ولظروف تاريخية معينة يعتد القانون المصرى - كما سبق ورأينا - فى مسائل الاحوال الشخصية بديانة أطراف النزاع، حيث تطبق شريعة المتقاضين في مسائل الأسرة بشروط معينة، فالمسلم دون المسيحى يستطيع أن يطلق زوجته بارادته المنفردة، ويمكنه الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع ويستطيع التزوج بغير المسلمة من

الكتابيات، أما المسلمة فلا تتزوج بغير مسلم، وطبقاً لقانون المواريث لا توارث بين المسلم وغير المسلم، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض.

الفرع الثالث

الاســـم

نص القانون على أن يكون لكل شخص إسم أو لقب، وأن لقب الشخص يلحق أولاده.

فالأسم هو الوسيلة أو العلامة التى تميز الشخص عن غيره من بقية الناس ويتكون الإسم من عنصرين: الإسم الشخصى، وإسم الاسرة أو اللقب وإسم الأب و إسم الجد.

والحق فى الاسم ليس من الحقوق المالية، بل هو من الحقوق اللصيقة بالشخصية التى يحميها القانون، إذ أن لكل من ينازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر، ومن ينتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداد مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

(أ) أسم الشهرة والاسم المستعار: الأصل فى الاسم هو الاسم الحقيقى الذى يقيد فى سجل المواليد، إلا أنه كثيراً ما يطلق الناس على شخص ما اسم يشتهر به، أو يختار الشخص لنفسه اسماً يخلعه على نفسه فى نشاط معين كعمل فنى، فهنا نكون بصدد اسم الشهرة أو الاسم المستعار.

ويجب ألا يؤدى الاسم المستعار إلى الخلط أو اللبس أو الغش، إذ ينبغى إحترام إسم الغير وتجنب إنتحاله.

ويحمى القانون الحق فى إستعمال اسم الشهرة والأسم المستعار ويكون لصاحبه أن يقتضى من الغير تعيينه به، ومنع الغير من إنتحاله، ولكن هذا الاسم، خلاف الإسم الأصلى لا يكتسبه الأولاد بالنسب.

(ب) الاسم التجارى: وهو الاسم الذى يتخذه تاجرأوشركة أو متجر معين ليمارس تحته التجارة، وهو علامة للنشاط التجارى وعنصر من عناصر المحل التجارى.

لذلك فهو على خلاف الأسم العادى ليس من الحقوق اللصيقة بالشخصية التى لا تقوم بمال، بل هو حق مالى يقبل التصرف فيه أو التنازل عنه.

الفرع الرابع
الذمة المالية

الذمـة المـاليـة: هى مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية، فهى أشبه بوعاء يضم الحقوق والديون ذات القيمة المالية.

(أ) عناصر الذمة المالية:

١- تتكون الذمة المالية من عنصرين: عنصر ايجابى هو مجموع حقوق الشخص المالية، وعنصر سلبى يمثل مجموع التزامات الشخص المالية. فاذا زاد الجانب الايجابى كان صاحب الذمة موسراً، أما إذا زاد الجانب السلبى كان صاحبها معسراً أو مفلساً أى مديناً (الإفلاس للتاجر والإعسار للمدني).

٢- تشمل الذمة المالية الحقوق المالية بجميع أنواعها كالحقوق العينية (الملكية، الانتفاع، الرهن...)، والحقوق الشخصية المقررة للشخص قبل مدينه. والجانب المالى من حق المؤلف أى حقه فى إستغلال مصنفه مالياً.

وتتضمن كذلك الالتزامات المالية، كالالتزامات الخاصة التى تقابل الحقوق الشخصية والتكاليف العينية التى يقررها الشخص على أمواله.

ولكن لا يدخل فى عناصر الذمة المالية الحقوق والواجبات العامة التى لا تقدر بقيمة مالية كحق الانسان فى الشرف والسمعة والاسم وواجب إحترام حقوق وحريات الآخرين.

٣- الذمة المالية عبارة عن مجموعة أو وحدة قانونية قائمة ومتميزة عن عناصرها، فهى وعاء دائم، أما ما بداخله من حقوق والتزامات فتعد عناصر متغيرة بالزيادة والنقصان، لكن ذلك لا يؤثر على وجود الذمة المالية، لذلك فهى تشمل ليس فقط الحقوق والاتزامات الحاضرة بل المستقبلة أيضاً.

٤- لكل شخص ذمة مالية حتى لو لم يكن له حقوق أوعليه التزامات، فالطفل حديث الولادة له ذمة مالية، إذ الوعاء قد يكون فارغاً ولكنه موجود وصالح لتلقى ما يستجد من حقوق والتزامات مالية. وقد تزول هذه الحقوق والالتزمات أويتنازل صاحبها عنها ولكن ذلك لا يعنى زوال أو إنتقال الذمة المالية .

(ب) أهمية فكرة الذمة المالية:

تعتبر فكرة الذمة المالية من قبيل التصوير القانونى الذى يعبر عن الاطار أو الميزانية التى يندرج فيها مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات طبيعة مالية، وهذا التصوير القانونى كان له أهمية عملية من عدة وجوه:

١- يعتبر الجانب الايجابى مسئولاً عن الجانب السلبى، أى أن مجموع حقوق الشخص تضمن مجموع ديونه، فالدائن العادى لا يقع حقه على مال معين من أموال المدين، وإنما يتعلق بكل ما فى الجانب الايجابى، سواء ما يوجد وقت نشوء الدين أو ما يدخل فيها من أموال فى المستقبل. ويتساوى الدائنون العاديون فى ذلك. ولا يكون لأحدهم حق التقدم إلا إذا كان له تأمين خاص

على مال معين من أموال المدين كحق الرهن مثلاً.

٢- تفسر لنا فكرة الذمة المالية قاعدة (لا تركة الا بعد سداد الديون). فأموال المتوفى لا ينتقل منها الى الورثة إلا مقدار ما تبقى على ذمته حكماً إلى أن تسدد ديونه. فالذمة المالية تظل قائمة إلى حين الإنتهاء من تصفية التزامات التركة.

الفرع الخامس

الأهلية

الأهلية نوعان أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

أهلية الوجوب: هى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. وأهلية الوجوب تثبت لكل الأشخاص، فهي تختلط بالشخصية لأنها تبدأ معها بتمام ولادة الانسان حياً وتنتهي بوفاته.ويتساوى الجميع فى أهلية الوجوب، فهي لا تتأثر بالسن أو العقل.

أهلية الأداء: هى الصلاحية لابرام التصرفات القانونية، أى قدرة الشخص على مباشرة الأعمال القانونية بنفسه على نحو يعتد به القانون.

ومجال أهلية الأداء هو التصرفات أو الأعمال القانونية التى تعتبر أعمالاً إرادية وتتطلب الادراك والتمييز، لأن الإرادة تتجه فيها إلى إحداث أثر قانونى معين، مثال ذلك ابرام عقد من العقود.

أما الاعمال المادية أو الوقائع القانونية، فالقانون هو الذى يرتب الأثر سواء وقع بارادة الإنسان أم دون ارادته. مثال ذلك من يتلف مالاً مملوكاً للغير، فإن القانون يلزمه بالتعويض.

فإذا كان مناط أهلية الوجوب هو وجود الشخص فان مناط أهلية الاداء هو كمال التمييز والارادة، لهذا فانه بينما يتساوى الناس فى أهلية الوجوب لا يمكن تساويهم فى أهلية الأداء لاستحالة تساويهم فى كمال الادراك والتمييز.

فالشخص يمكن أن يكون، فيما يتعلق بأهلية الأداء، عديم الأهلية أو ناقص الأهلية أو كامل الأهلية على حسب سنه وسلامة عقله.

(أ) تدرج الأهلية بتدرج السن:

هناك ثلاث مراحل لأهلية الأداء تتدرج فيها الأهلية حسب سن الانسان:

١- مرحلة إنعدام الأهلية، تبدأ من مرحلة الولادة حتى سن السابعة، ويكون الصبى فيها عديم التمييز أى تنعدم أهلية الأداء لديه.

٢- مرحلة نقص الأهلية، وتبدأ من سن السابعة إلى سن الحادية والعشرين، ويكون الصبى فيها ناقص الأهلية.

٣- مرحلة كمال الأهلية، وتكون ببلوغ سن الرشد وهى إحدى وعشرين سنة، ويتمتع الشخص فيها بأهلية أداء كاملة.

(ب) عوارض الأهلية:

الأصل أن الشخص تكتمل أهلية أداءه ببلوغه سن الرشد، وتستمر معه حتى الوفاة.

إلا أنه قد يطرأ ما يؤثر فى عقل الشخص أى فى إدراكه وتمييزه وبالتالى أهليته.فهناك بعض العاهات العقلية التى تعدم الأهلية أو تنقصها كالجنون والعته والسفه و الغفلة.

١- الجنون والعته، وكلاهما عاهة تصيب العقل ويرتبان إنعدام

أهلية الأداء أى يعتبر الشخص- عديم التمييز كالصغير الذى لم يبلغ سن السابعة.

ولا يمكن إعتبار المجنون أو المعتوه عديم الأهلية إلا بصدور قرار من المحكمة بالحجر عليه. ويجب تسجيل هذا القرار حتي يعلم الناس بتغير أهلية المحجور عليه. وتعتبر كل تصرفات المجنون أو المعتوه باطلة من وقت هذا التسجيل.

٢- السفه والغفلة، السفيه هو من ينفق المال على غير مقتضى العقل، أما ذو الغفلة فهو من يغبن فى المعاملات لسلامة نيته المفرطه وعدم قدرته على تبين التصرفات الرابحة.

وكلاهما تنقصه القدرة على إدارة شئونه إدارة حسنة، لهذا يعتبر القانون كل منهما ناقص الأهلية أى فى حكم الصبى المميز مهما كان سنه أى حتى لو كان بالغاً سن الرشد.

ولابد من صدور قرار المحكمة بذلك وتسجيل هذا القراركما هو الحال بالنسبة للجنون والعته.

(جـ) أنواع التصرفات القانونية التى ترد عليها الأهلية:

هناك ثلاثة أنواع من التصرفات القانونية التى ترد عليها الأهلية هى:

١- **التصرفات النافعة نفعاً محضاً**: وهى تلك التى ترتب إثراءاً لمن يباشرها دون مقابل يعطيه كقبول الهبة أو الوصية، فهى تزيد من حقوق الشخص دون أن تزيد من التزاماته.

٢- **التصرفات الضارة ضاراً محضاً**:وهى تلك التى ترتب إفتقار من يباشرها دون الحصول على مقابل، وذلك كأعمال التبرع مثل الهبة بالنسبة للواهب.

٣- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر: وتنطوى على تقابل بين الالتزامات والحقوق، أى يعطى صاحبها مقابل ما يأخذ، كالبيع والايجار والشركة، فهى تصرفات تحتمل الكسب والخسارة.

وهذه التصرفات إما أن يترتب عليها خروج المال من ذمة صاحبه، أى إنتقاله إلى ذمة شخص آخر، هنا تسمى بأعمال التصرف (كالبيع)، وإما أن تقتصر على إستغلال الشيئ والانتفاع به أو إستثماره كالايجار، فهنا تسمى بأعمال الادارة.

ومن البديهى أن أعمال التصرف أكثر خطورة من أعمال الادارة، لهذا يشترط القانون فيها كمال الأهلية، ويختلف الحكم إذا قام ناقص الأهلية بابرام تصرفات من النوعين.

(د) حكم التصرف القانونى الصادر من غير كامل الأهلية:

أولاً: بالنسبة لعديم الأهلية أى عديم التمييز (ماهو دون السابعة من عمره والمجنون والمعتوه)، فأنه لا يصلح لمباشرة أى تصرف قانونى و لو كان نافعاً نفعاً محضاً، إذ لا يمكن له أن يقبل هبة مثلاً، لأن مناط التصرف القانونى هو الارادة، وهى ليست موجودة لديه.

وإذا أبرم تصرفاً قانونياً كان مصيره البطلان المطلق لا يترتب القانون عليه أى أثر، ويكون لكل ذى مصلحة التمسك ببطلان التصرف، ويجب على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، ولو لم يتمسك به ذووا الشأن. ويظل التصرف باطلاً ولا يقبل الاجازة اللاحقة، سواء من الصغير بعد إكتمال أهليته أو من الولى أو الوصى.

ويتولى الولى أو الوصى أو القيم مباشرة التصرفات القانونية نيابة عن الصغير أو المحجور عليه.

ثانياً: بالنسبة لناقص الأهلية أى الصبى المميز (ما بين السابعة والحادية والعشرين)، والسفيه وذى الغفلة فإن تصرفاته النافعة نفعاً محضاً تكون صحيحة، حيث يكون فى إمكانه قبول الهبة مثلاً.

أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً فتكون باطلة بطلاناً مطلقاً، أى أنه بالنسبة للتصرفات النافعة يكون فى حكم كامل الأهلية، أما بالنسبة للتصرفات الضارة كقيامه بالهبة لغيره فيكون فى حكم عديم الأهلية.

أما إذا قام ناقص الأهلية بابرام تصرف يدور بين النفع والضرر، أى يأخذ فيه مقابلاً لما يعطى كالبيع والايجار فإن التصرف يكون **باطلاً بطلاناً** نسبياً أى قابل للابطال لمصلحة القاصر.

والفرق بين البطلان المطلق والبطلان النسبى أن الثانى لا يمكن التمسك به إلا من صاحب المصلحة (القاصر أو من يمثله)، ولا تستطيع المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، ويظل التصرف صحيحاً منتجاً لأثاره إلى أن يتم التمسك بابطاله، وينقلب التصرف صحيحاً (أى غير قابل للابطال) إذا تنازل الولى أو الوصى أو القيم أو القاصر نفسه بعد بلوغه سن الرشد عن التمسك بالبطلان. ويسمى التنازل بالاجازة، أى أن التصرف القابل للابطال يقبل الاجازة.

تلك هى الأحكام العامة فى مدى صلاحية الصبى المميز أو ناقص الأهلية لمباشرة التصرفات القانونية. غير أن القانون قد أوردبعض الاستثناءات على هذه القواعد وذلك باعتباره القاصر كامل الأهلية فى حالات معينة هى:

١- تكون للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته، أى أن كل ما يبرمه من تصرفات تكون صحيحة طالما كانت فى حدود الأموال المخصصة لأغراض نفقته، كشرائه لبعض الملبوسات أو الألعاب أو المأكولات بما يعطى له من مصروف.

ولكن الالتزمات التى تنشأعن هذه التصرفات تكون قاصرة على المال الذى سلم إليه ولا تمتد إلى أموال ذمته العامة.

٢- يستطيع القاصر أن يبرم عقد العمل الفردى، أى أن الصغير تكون له أهلية أداء كاملة فى ابرام عقد العمل ولكن بوصفه عاملاً، وذلك إبتداء من سن ١٤ عام.

ولكن القانون، رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله، أجاز للمحكمة بناء على طلب الوصى انهاء عقد العمل.

٣- يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشر من عمره أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجره أو غيره، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته.

٤- يأذن القانون **للقاصر بادراة أمواله** التى تسلم اليه عند بلوغه سن الثامنة عشرة من عمره. فتكون تصرفاته صحيحة إذا كان المقصود بها إستثمار وإستغلال الأموال التى تسلم اليه.

فالقاصر يتمتع بأهلية أداء كاملة فيما يتعلق بأعمال الأدارة دون أعمال التصرف. ويرمى القانون من وراء ذلك إلى تدريب القاصرعلى شئون الحياة.

ولكن القانون فرض بعض القيود على التصرفات التى يبرمها القاصر، فمثلاً لا يجوز له أن يؤجر الأراضى الزراعية والمبانى لمدة لا تزيد عن سنة. ولا يجوز له أن يتصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً.

ويجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الاذن أوتسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله، إذا قصر فى تقديم الحساب السنوى، أو أساء التصرف فى

إدارته أو قامت أسباب أخرى يخشى معها بقاء الأموال فى يده.

٥- الاذن للقاصر بالاتجار. ولكن نظراً لمخاطر التجارة فإن القانون، لا يسمح للقاصر بالتجارة إلا إذا بلغ سن الثامنة عشر من عمره، ولا بد من الحصول على أذن من المحكمة. هذا الاذن قد يكون مطلقاً أو مقيداً حسب ما يتبين للمحكمة من ظروف القاصر.

٦- ويجوز أخيراً للقاصر البالغ سن الثمانية عشر أن يتصرف بالوصية بشرط حصوله على أذن المحكمة بذلك. فبالرغم من أن الوصية من الأعمال الضارة ضرراً محضاً ويجب أن تكون باطلة بطلاناً مطلقاً أذا أبرمها القاصر، إلا أن القانون أجازها لأنها لا تنفذ الا بعد الموت، وأنها على أى حال تخضع لمراقبة المحكمة التى تتأكد من مدى سلامة التصرف.

(هـ) الولاية على المال:

رأينا أن الشخص يمكن أن يكون عديم الأهلية أو ناقصها إما لصغر سنه أو لوجود عارض من العوارض يؤثر فى إدراكه وتمييزه لهذا يجعل القانون شخصاً آخر يتولى إدارة شئون عديم الأهلية أو ناقصها.

وقد نظم قانون الولاية على المال أنواع الولاية وطريقة تعيينهم وسلطاتهم. وأحكام هذا القانون مستمدة فى معظمها من الشريعة الإسلامية.

والولاية على مال الصغير تكون فى الأصل للولى، وإلا فللوصى. أما بالنسبة للمجنون والمعتوه و السفيه وذى الغفلة فتكون الولاية على مال كل منهم للقيم.

١- الولى: الأب هو الولى على مال إبنه القاصر، فان لم يوجد أب تكون الولاية للجد الصحيح (أب الأب). أما إذا كان الأب قد أختار

قبل وفاته وصياً على إبنه فانه يقدم على الجد إحتراماً لإرادة الأب.

والولاية تثبت للأب أو الجد على مال القاصر بقوة القانون دون حاجة إلى صدور قرار من المحكمة بتعيينه، فهى حق لهما وهى واجب كذلك لأنه لا يجوز للأب أو الجد أن يتنحى عن الولاية إلا بأذن المحكمة.

ومن الطبيعى أنه يجب أن يكون الولى كامل الأهلية بالنسبة لما يباشر نيابة عن القاصر من تصرفات، وقد خوله القانون رعاية وإدارة أموال القاصر والتصرف فيها مع مراعاة القيود التى وردت بالقانون.

وتتمثل هذه القواعد فى ضرورة الحصول على أذن المحكمة فى بعض الحالات هى: التصرف فى العقارأو المحل التجارى أو الأوراق المالية المملوكة للقاصرالتى تزيد قيمتها عن ٣٠٠ جنيه - تأجير أموال القاصر لمدة تمتد لأكثر من سنة عند بلوغه سن الرشد - قبول هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات. ولا يجوز التبرع من مال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى ولكن يشترط أيضاً أذن المحكمة.

أما إذا كان الولى هو الجد فأن سلطته تكون أضيق نطاقاً من الأب، فالجد لا يستطيع التصرف إلا بأذن المحكمة مهما كانت قيمة التصرف، ويلتزم بتقديم حساب سنوى أمامها.

وتتنتهى الولاية ببلوغ القاصر سن الرشد، هذا ما لم يكن هناك عارض يتطلب إستمرارها، ويمكن للمحكمة أن تحكم بسلب الولاية من الأب أو الجد إذا تبين لها أن أموال القاصر فى خطر ويمكنها أن تحد من هذه الولاية.

٢- الوصى: فى حالة عدم وجوب أب أو جد صحيح، أى إذا لم يوجد ولى، يتم اختيار وصي لإدارة أموال الصغير. بينما تثبت الولاية بقوة

القانون فان الوصاية تتم بالاختيار من قبل الأب (وصية قبل الوفاة) أو من قبل المحكمة.

ويتشرط فى الوصى أن يكون عادلاً وكفؤاً ومحمود السيرة، متمتعاً بالأهلية الكاملة، ويجب ألا يكون قد حكم عليه فى جريمة مخلة بالاداب أو ماسة بالشرف أو النزاهة أوحكم بافلاسه.

ويتسلم الوصى أموال القاصر، ويقوم على رعايتها، ويبذل فى العناية بها ما يبذله الشخص المعتاد. ويلتزم بتقديم حساب سنوى للمحكمة مؤيداً بالمستندات. ويمكن للمحكمة أن تعين أكثر من وصى إذا تطلبت مصلحة الصغير ذلك. ولها كذلك أن تعين مراقباً يسمى المشرف.

وسلطات الوصى تعتبر عموماً أضيق من سلطات الولى، إذ يشترط القانون الحصول على أذن المحكمةفى الكثير من التصرفات القانونية، فكل أعمال التصرف لابد فيها من هذا الأذن، كالبيع والقرض والحوالة، وللوصي القيام فقط بأعمال الأدارة قليلة الاهمية دون استئذان المحكمة مثل تأجير عقار القاصرة مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، والصلح أو التحكيم فيما لا يتجاوز قيمته مائة جنيه.

وتنتهى الوصاية أصلاً ببلوغ القاصر سن الرشد، وتنتهى كذلك بعزل الوصى أو استقالته. وعند انتهاء الوصية يلتزم الوصى بتقديم حساب نهائى عن أموال القاصر وتسليم ما فى عهدته منها.

٣-القيم: القيم هو الشخص الذى تعينه المحكمة لإدارة أموال المحجوز عليه بسبب وجود عارض من عوارض الأهلية (جنون، عته، سفه، غفلة) بعد بلوع سن الرشد.

وتعيين القيم لا يثبت إلا من قبل المحكمة لأنه لا بد من صدور قرار

بالحجز على الشخص محل القوامة. والقوامة تكون بالترتيب للابن البالغ، ثم للأب، ثم للجد، ثم لمن تختاره المحكمة.

وكقاعدة عامة فأن سلطات وواجبات الوصى هى نفسها التى تطبق على القيم.

(و) موانع الأهلية:

قد يكون الشخص كامل الأهلية (بالغاً سن الرشد وليس لديه ما ينقص الارادة والتمييز)، وتستجد بعض الظروف التى تمنعه أو تعوقه عن ابرام التصرفات القانونية. فهنا يجعل القانون نائباً يباشر هذه التصرفات بدلاً منه أو معه .

هذه الظروف تسمى بموانع الاهلية وهى ثلاثة: مانع مادى هو الغيبة، مانع قانونى هو الحكم بعقوبة جناية، مانع طبيعى هو وجود عاهة مزدوجة أو ضعف جسمانى شديد.

١- الغيبة: تعين المحكمة وكيلاً عن الغائب كامل الأهلية متى كانت قد انقضت سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه.

والغائب قد يكون مفقوداً لا تعرف حياته أو مماته، وقد يكون حياً وليس له محل إقامة ولا موطن معلوم، وقد يكون له موطن أو محل إقامة ولكن يستحيل عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى إدارتها.

وتنتهى مهمة الوكيل بانتهاء الغيبة سواء بعودة الغائب أو تمكنه من مباشرة أمواله أو الحكم بوفاته إذا كان مفقوداً.

٢- الحكم بعقوبة جناية: يقضى قانون العقوبات بأن كل من حكم عليه بعقوبة جناية يحرم من تولى إدارة أمواله مدة إعتقاله، ولا يجوز له أن يتصرف فيها إلا بأذن من المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته.

أى أن المحكوم عليه بعقوبة الجناية فقط وليس الجنحة أو المخالفة، يعتبر فى حكم فاقد الأهلية، ولا يمكن اجراء أى تصرف فى أمواله دون اذن من المحكمة والا كان التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ويقوم بادارة أمواله قيم يختاره هو وتقره المحكمة، أوتعينه المحكمة المدنية التابع لها محل اقامته بناء على طلب النيابة العامة أو ذى المصلحة فى ذلك .

ويظل المانع قائماً مدة تنفيذ العقوبة، وينتهى بمجرد الأفراج عن المتهم، وترد إليه أمواله، ويقدم له القيم حساباً عن إدارته.

٣- العاهة الجسمانية: قد يصاب الشخص، رغم بلوغه سن الرشد وحسن إدراكه وتمييزه، بعاهة (صمم أو بكم أو عمى) أو بعجز جسمانى شديد يمنعه من مباشرة تصرفاته القانونية، فهنا يجيز القانون تعيين مساعد قضائى يعاونه أوينوب عنه فى إجراء هذه التصرفات.

وتعيين المساعد القضائى لا يكون إلا إذا كان الشخص مصاباً بعاهتين من ثلاث: الصم والعمى والبكم، أو بعجز جسمانى شديد كالشلل، ولكن يشترط فى الحالتين أن يكون الشخص غير قادر على التعبير عن إرادته على النحو السليم.

وتعيين المساعد القضائى أمر جوازى للمحكمة تقرره على حسب مصلحة صاحب العاهة. ولا يتولي المساعد كل التصرفات القانونية بل تلك التى تقدر المحكمة أن مصلحة المريض تتطلب فيها المساعدة مثال ذلك التصرف فى العقار أو المنقولات الهامة والأوراق المالية وإبرام الصلح والحوالة.

وخلاف الحال بالنسبة للولى والوصى والقيم، فإن المساعد القضائى لا ينفرد باجراء التصرفات نيابة عن المريض بل بالتعاون معه، إذ لا يكون

التصرف صحيحاً إلا إذا صدر من الاثنين.

ويكون قابلاً للابطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القانونية فيها، متى صدرت من المريض بغير معاونة المساعد إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة. لهذا ينبغى تسجيل قرار المحكمة بالمساعدة القضائية حتى تترتب أثارها القانونية.

وفى حالة اختلاف المساعد والمصاب فى ابرام تصرف معين، يتم الالتجاء الى المحكمة التى تقررالابرام من عدمه أو الأذن لأحدهما أو شخص ثالث بابرامه تحت توجيهاتها وتعليماتها.

الفرع السادس

الموطـــن

(أ) تعريف الموطن وأهميته:

الموطن هو المقر القانونى للشخص، أى المكان الذى يباشر الشخص إنطلاقاً منه أعماله و نشاطه وعلاقاته القانونية. فهو المقر الذى يقيم فيه الشخص عادة وليس مجرد المكان العارض كالفندق مثلاً و بالتالى يمكن مخاطبة الشخص فيه.

وتبدو أهمية الموطن من الناحية القانونية فى حالات كثيرة منها: إعلان الأوراق القضائية كصحيفة الدعوى والانذارات حيث توجه إلى الشخص فى موطنه، يتحدد الاختصاص المحلى للمحكمة بموطن المدعى عليه، تتم اجراءات شهر الافلاس أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن التاجر، يتحدد مكان الوفاء عادة بموطن المدين.

(ب) أنواع الموطن:

والموطن عدة أنواع، فإلى جانب الموطن العام، يوجد موطن الأعمال،

وموطن غير كامل الأهلية، والموطن المختار.

١- الموطن العام: تختلف القوانين والشرائع فى طريقة تعيين الموطن. فالبعض، كالقانون الفرنسى، يأخذ بفكرة التصوير الحكمى للموطن أى يفترض أن موطن الشخص هو المكان أو المركز الرئيسى الذى يباشر فيه أعماله ولو لم يقيم فيه الشخص فعلاً، ويترتب على ذلك ضرورة أن يكون لكل شخص موطن، وأن الشخص لا يمكن أن يكون له إلا موطن واحد.

ويأخذ البعض الآخر بالتصوير الواقعى للموطن أى يعتد بالاقامة الفعلية للشخص، وعلى هذا فالموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة.

ويأخذ القانون المصرى بهذا التصوير الاخير، ويترتب على ذلك أنه يمكن أن يكون للشخص أكثر من موطن، كمن يوزع اقامته بين مكانين مختلفين. ويجوز إلا يكون للشخص موطن كالبدو الرحل الذين لا يستقرون فى مكان ما.

وعلى هذا فالموطن العام هو المكان الذى يختاره الشخص ليقيم فيه عادة، والاقامة تتمثل فى الاستقرار الفعلي وليس العابر، أى الاقامة المعتادة المتصلة، ولا يؤثر فى ذلك السفر أو الرحيل مهما طال، طالما كان مؤقتاً.

٢- موطن الأعمال: يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة.

فمن يعمل بالتجارة أو بأى حرفة أخرى أو مهنة حرة كالمحاماة والطب والمقاولات على وجه الاستقلال يعتبر مقر عمله هو الموطن الخاص بهذه الأعمال، حتى لو لم يقيم فى هذا المقر. ويعتبر هذا الموطن خاص بالعمل

فقط أى أن من يتعامل مع صاحب العمل بخصوص هذا العمل يلتزم بمخاطبته قانوناً فى هذا المقر.

٣- الموطن المختار: يجوز إتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين. وفى هذه الحالة يجب الاعتداد بذلك الموطن فى كل مايتعلق بهذا العمل، بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون الأخرى.

مثال ذلك تعيين مكتب المحامى الموكل فى القضية موطناً مختاراً بخصوص هذه القضية، أو تعيين موطن مختار بمدينة الاسكندرية لمن يتعامل مع شركات النقل البحرى.

ونظراً لأن الشخص يتولى إختيار الموطن المختار بنفسه، سواء بارادته المنفردة أو بالاتفاق مع الغير، فإنه يجب إثبات ذلك كتابة، وكذلك الحال إذا تم تغيير هذا الموطن.

٤- موطن غير كامل الأهلية ومن فى حكمه: الأصل أن موطن القاصر والمحجور عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية و المفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً.

فالقانون إختار لهؤلاء الاشخاص موطن إلزامى هو موطن من ينوب عنهم، ولا يؤثر فى ذلك كون القاصر أو المجنون أو المعتوه أو السفيه أو ذى الغفلة أو المفقود أو الغائب يقيم بمكان آخر مستقل عن نائبه القانونى. فالقانون قد إختار لهم موطن واحد إلزامى هو موطن النائب.

ولكن سبق ورأينا أن ناقص الأهلية يُسمح له أحياناً فى سن ١٦، ١٨ - وكذلك السفيه وذى الغفلة - بتولى بعض أموره بنفسه كادارة بعض الأموال التى إكتسبها بعمله و الاتجار بعد الحصول على أذن بذلك. فى مثل هذه الحالات يكون لناقص الأهلية موطنان: موطن عام

هو الموطن الالزامى السابق تحديده ألا وهو موطن من ينوب عنه، وموطن خاص هو المكان الذى يستقر فيه أو موطن أعمال إذا كان يمارس مهنة أو حرفة مستقلة.

ومن الطبيعى أن الموطن الخاص للقاصر يكون قاصراً على الأعمال القانونية المأذون له بها أو تلك المتعلقة بالمهنة أو الحرفة التى يمارسها، أما ماعدا ذلك من الشئون فيتم التعامل بشأنها مع النائب القانونى فى موطنه أى الموطن العام الالزامى.

المطلب الثانى
الشخص المعنوى أو الاعتبارى

الأصل أن تثبت الشخصية للانسان، إلا أن الحاجات والضرورات العملية فرضت الاعتراف بالشخصية لبعض الكائنات الجماعية لتمكينها من تحقيق أغراض أو أهداف إنسانية.

هذه الكائنات ذات طبيعة معنوية لا يمكن إدراكها بالحس إذ ليس لها وجود مادى محسوس، وهى إما أن تكون مجموعة من الاشخاص كالشركات والجمعيات، أو مجموعة من الأموال رصدت لتحيق غاية معينة كالمؤسسات والأوقاف.

ووجود الأشخاص الاعتبارية يعتبر ذا أهمية عملية كبيرة إما لأنها تتطلب مقدرات وأموال وفيرة وإما لأن تنفيذها يقتضى زمناً طويلاً يتجاوز عمر إنسان بعينه. فالشخص المعنوى يدوم ويستمر رغم تغير وإنقضاء أعضاءه. وتلعب الأشخاص الاعتبارية دوراً هاماً فى الحياة الاقتصادية الحديثة من خلال الانشطة والمشروعات التى تقوم على إنجازها.

ودراسة الشخص المعنوى تقتضى منا التعريف على ميلاده ومميزاته ونشاطه وأنواعه ثم نعرض لطرق انقضائه.

الفرع الأول

إبتداء الشخصية الاعتبارية

تولد الشخصية المعنوية بمجرد توافر عناصر ثلاثة هى:

١- وجود جماعة من الأشخاص أو مجموع من الأموال، هذا التجمع قد يكون بناءاً على إتفاق أو عقد بين الافراد كما هو الحال فى الشركات والجمعيات، وقد يكون بتخصيص فرد لمبلغ من المال بهدف تحقيق غرض معين كالمؤسسة.

٢- غرض ثابت ومستمر تتكون الجماعة أو يرصد المال لتحقيقه، ومن الطبيعى ألا يعترف القانون بالشخصية المعنوية إلا إذا كان الغرض مشروعاً أى لا يخالف النظام العام والاداب.

٣- الاعتراف بالشخصية المعنوية أى يلزم الاعتراف القانونى للدولة بوجود الشخص الاعتبارى، والاعتراف إما أن يكون عاماً أو خاصاً.

يتمثل الاعتراف العام فى وضع المشرع منذ البداية شروطاً عامة يترتب على مجرد توافرها إكتساب أى جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال الشخصية المعنوية.

أى أن اكتساب الشخصية فى حالة الاعتراف العام يتم بقوة القانون دون حاجة للحصول على ترخيص أو أذن خاص فى كل حالة على حدة، فالقانون ينظم صوراً معينة للشخصية المعنوية ويتطلب فيها شروطاً خاصة، ويترتب على ذلك أن الشخصية تكتسب بمجرد أن تأخذ جماعة من الاشخاص أو مجموعة من الاموال إحدى تلك الصور مستوفية

للشروط المطلوبة.

أما الاعتراف الخاص فيكون فى الحالات التى يتطلب القانون فيها الحصول على أذن أو ترخيص في كل حالة على حدة، فالاعتراف هنا يكون له طابع فردى.

ويعتبر الاعتراف العام هو الاصل فى القانون المصرى، أما الاعتراف الخاص فيعتبر من قبيل الاستثناء ويتضح هذا من نص المادة ٥٢ من القانون المدنى حيث تثبت الشخصية المعنوية للدولة والمحافظات والمدن والقرى والأوقاف والشركات والجمعيات والمؤسسات الخاصة، أما فيما عدا ذلك فلا تثبت الشخصية الاعتبارية إلا بمقتضى إعتراف خاص.

الفرع الثانى

مميزات الشخص المعنوى

يثور التساؤل حول مدى توافر خصائص الشخص الطبيعى للشخص المعنوى. وتلك الخصائص تتمثل كما رأينا فى الاسم والحالة والأهلية والجنسية والذمة المالية.

(أ) أهلية الشخص المعنوى: رأينا الأهلية إما أن تكون أهلية وجوب أو أهلية أداء، فالأولى تتمثل فى صلاحية اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. تلك الصلاحية تتوافر للشخص المعنوى كما هو الحال بالنسبة للشخص الطبيعى.

ولكن أهلية وجوب الشخص الاعتبارى أضيق نطاقاً من الشخص الطبيعى. فالشخص المعنوى لا يمتع بالأهلية إلا فى الحدود التى يعينها سند الإنشاء أو التى يقررها القانون.

وطبيعة الشخص المعنوى لا تسمح له بأن يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات التى ترتبط بصفة الانسان كحقوق والتزامات الاسرة (زواج،

نفقة، نسب، طلاق ...)، والحقوق والوجبات المتصلة بالكيان الجسدى للانسان مثل واجب الخدمة العسكرية وحق السلامة البدنية.

ومن جهة أخرى فإن الشخص الاعتبارى لا يصلح إلا للحقوق والالتزامات المتعلقة بغرضه، عكس الشخص الطبيعى الذى لا يتقيد بغرض معين. فالشخص المعنوى لا يتمتع بالأهلية إلا فى الحدود اللازمة لمباشرة نشاطه. فلا يجوز مثلاً لملجأ أن يباشر نشاط الفندق ولا يجوز لنادى رياضى أو مؤسسة خيرية أن تباشر نشاطاً تجارياً.

أما عن أهلية الأداء فمناطها الأرادة والتمييز، والشخص الاعتبارى بطبيعته عديم التمييز والإدراك لهذا فان ممثليه يقومون بهذا الدور نيابة عنه، حيث يقوم المدير أو الجمعية العمومية أو مجلس الإدارة بكل النشاط القانونى والمادى الذى يحتاجه الشخص المعنوى.

(ب) إسم الشخص الاعتبارى: يكون للشخص المعنوى إسم معين يمارس تحته نشاطه ويميزه عن غيره، ويشتق هذا الاسم عادة من الغرض الذى يهدف اليه، أو من اسم أحد الشركاء كما هو الحال فى شركات التضامن والتوصية.

ويحمى القانون اسم الشخص الاعتبارى من كل إعتداء عليه، وخاصة فى الأنشطة التجارية حيث يقوم البعض بانتحال أسماء معينة، فهنا يلزم القانون المعتدى بالتعويضات اللازمة.

وأحياناً يكون اسم الشخص المعنوى ذا طبيعة تجارية وتكون له قيمة مالية معينة لهذا يمكن التعامل فيه، ويعتبر من العناصر المالية المكونة للمنشأة التجارية. ولكن القانون يمنع التصرف فى الاسم إستقلالاً عن المحل التجارى حماية للجمهور من اللبس ومنعاً للتضليل والتحايل.

(ج) حالة وجنسية الشخص الاعتبارى: تختلف حالة الشخص المعنوى عن حالة

المعنوى عن حالة الشخص الطبيعى، إذ لا يمكن أن نتصور للأول حالة عائلية أو حالة دينية لأن ذلك قاصر على الإنسان فقط.

أما الحالة السياسية أو الجنسية أى إنتساب الشخص لدولة معينة فتتوافر للشخص الاعتبارى. فالقانون المصرى يعتد بالمركز الرئيسى كمعيار لجنسية الشخص المعنوى. والجنسية هى التى تحدد القانون الذى يحكم الشخص المعنوى.

وغالباً ما يكتسب الشخص الاعتبارى جنسية الدولة التى يتم تأسيسه فيها، وينص القانون المدنى على أن النظام القانونى للأشخاص الأعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الاشخاص مركز ادارتها الرئيسى الفعلى، ومع ذلك إذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر فالقانون المصرى هو الذى يسرى.

ويوجب القانون المصرى على شركات المساهمة التى تؤسس فى مصر أن تكون مصرية، وأن يكون مركزها الرئيسى فى مصر.

أما بالنسبة للشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر يعتبر مركز ادارتها بالنسبة إلى القانون الداخلى المكان الذى توجد فيه الادارة المحلية.

(د) ذمة الشخص الاعتبارى: يتمتع الشخص المعنوى بذمة مالية مستقلة عن أعضائه أو مكونيه، أى أن حقوقه والتزاماته تنفصل عنهم، وعلى هذا فان أموال الشخص تضمن ديونه فقط وليس ديون الأعضاء، وأموال هؤلاء لا تضمن ديون الشخص المعنوى.

ولكن فى بعض الأحيان تضمن أموال الأعضاء ديون الشخص

المعنوى، كما هو الحال فى الشركات المدنية وشركات التضامن والتوصية، فهنا يضمن الشركاء ديون الشركة، ولكن لا يعنى ذلك اختلاط الذمة المالية للشركة مع الأعضاء.

(هـ) موطن الشخص الاعتبارى: لكل شخص مقر قانونى يعتد به فى كل ما يوجه اليه متعلقاً بنشاطه وعلاقاته القانونية، وهذا ما يسمى بالموطن.

وللشخص الاعتبارى موطن مستقل هو المكان الذى يوجد فيه مركز إدارته الرئيسى، أى المقر الرئيسى للنشاط القانونى والمالى والإدارى .

وإذا تعددت فروع الشخص الأعتبارى أعتبر مكان كل فرع موطناً خاصاً بالأعمال المتعلقة به.

الفرع الثالث

نشاط الشخص الاعتبارى ومسئوليته

يتولى الاشخاص الطبيعيون نشاط الشخص الاعتبارى باعتبارهم ممثلين له. والتمثيل جزء من كيان الشخص المعنوى تفرضه طبيعته، لذا فهو دائم وأصيل وحتمى وشامل كل النشاط أياً كانت صورته من الاعمال المادية أو التصرفات القانونية. لذلك يختلف التمثيل عن النيابة القانونية فى أن الثانية عارضة وموقوتة بتوافر نقص الأهلية وتقتصر على التصرفات القانونية أساساً.

لهذا يثور التساؤل عما إذا كان من الممكن مساءلة الشخص الاعتبارى مدنياً أو جنائياً.

من المسلم به أن الشخص الاعتبارى يسأل مدنياً عن الأفعال الصادرة من ممثليه أو أعضائه وذلك لأن المسئولية المدنية لا ترتب سوى آثار مالية. وعلى هذا فان صدر من أحد ممثلى الشخص المعنوى فعلاً خاطئاً

بمناسبة أو بسبب العمل ترتب عليه ضرراً للغير، التزم الشخص المعنوى مدنياً بتعويض المضرور.

أما إذا كان الفعل الخاطئ صادراً من أحد التابعين كالعمال والموظفين فإن مسئولية الشخص المعنوى تنعقد بوصفه متبوعاً ويكون مسئولاً عن أفعال التابعين.

أما بالنسبة للمسئولية الجنائية فالأمر يبدو عسيراً نظراً لمبدأ شخصية العقاب من جهة. وصعوبة توقيع الكثير من العقوبات الجنائية على الشخص المعنوى من جهة أخرى.

والراجح أنه يمكن مساءلة الشخص المعنوى من الناحية الجنائية فى حالة مخالفة ممثليه للقوانين المالية أوارتكابهم أفعالاً يترتب عليها إصابة بعض الافراد بالاضرار، وذلك بتوقيع العقوبات التى تتفق وطبيعة الشخص المعنوى كالغرامة والمصادرة والحل والاغلاق.

الفرع الرابع

أنواع الشخص الاعتبارى

هناك نوعان من الأشخاص الاعتبارية، أشخاص إعتبارية عامة يحكمها القانون العام، وأشخاص إعتبارية خاصة يحكمها القانون الخاص.

وتتمثل الاشخاص الاعتبارية العامة فى الدولة والمحافظات والمدن والقرى، وكذلك المنشآت والمؤسسات العامة والادارات والمصالح التى يمنحها القانون شخصيات إعتبارية.

يمكن تصنيف الاشخاص الاعتبارية الخاصة إلى نوعين: جماعات أشخاص تتكون من مجموعة من الافراد كالشركات والجمعيات،

ومجموعات أموال ترصد لتحقيق غرض معين كالمؤسسات والأوقاف.

أولاً: الشركات:

الشركة هى جماعة من الأشخاص تلتقى بهدف تحقيق ربح مادى، وهذا ما يميز الشركة عن الجمعية حيث يهدف أفرادها إلى تحقيق غرض آخر غير الربح.

ويعرف القانون الشركة بأنها «عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر، يساهم كل منهم فى مشروع مالى، بتقديم حصة من مال أو عمل، لاقتسام ما قد ينشأ من هذا المشروع من ربح أو خسارة».

وهناك نوعان من الشركات: شركات مدنية وأخرى تجارية. ومعيار التفرقة بين النوعين هو طبيعة النشاط الذى تقوم به الشركة. فالشركة تعتبر تجارية إذا كانت تمارس نشاطاً تجارياً مثل الشراء بقصد إعادة البيع لتحقيق الربح، وعمليات البنوك والنقل والتأمين والصناعة.

أما الشركات المدنية فتقوم بالاعمال المدنية غير التجارية كاستصلاح الاراضى وزراعتها، وتحكمها قواعد القانون المدنى وليس القانون التجارى.

وكقاعدة عامة فان ذمة الشركاء فى الشركة المدنية منفصلة تماماً عن ذمة الشركة، فاذا لم تف أموال الشركة بديونها كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون فى أموالهم الخاصة.

وهناك ثلاثة أنواع من الشركات التجارية:

١- شركة تضامن، يعرف فيها الشركاء بعضهم البعض، يقتسمون فيها الربح فيما بينهم، ويعتبر كل منهم مسئولاً عن ديون الشركة وخسائرها، لا فى حدود حصته فى رأس المال فحسب، بل فى أمواله الخاصة كذلك.

٢- شركة التوصية، وتضم نوعين من الشركاء: شركاء متضامنون يكونون مسئولين مسئولية تضامنية ومطلقة عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة، وشركاء موصون لا يسألون عن ديون الشركة إلا فى حدود الحصة التى قدمها كل منهم فى رأس المال.

٣- شركة المساهمة، يقسم رأس المال فيها إلى أسهم قابلة للتداول، ويكتتب فى هذه الاسهم أشخاص لا يعرف بعضهم البعض ولا يسألون عن ديون الشركة إلا فى حدود ما يملكون من أسهم.

وكقاعدة عامة فأن الشركة تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها، و يلزم أن يكون التكوين بعقد مكتوب أياً كان رأس المال، وإلا كانت الشركة باطلة. ولا يمكن الاحتجاج بالشخصية القانونية للشركة على الغير إلا بعد استيفاء اجراءات النشر التى يتطلبها القانون.

وتنقضى الشركة، بوجه عام، بانقضاء الاجل المحدد لها، أو بانتهاء العمل الذى قامت من أجله، أو بهلاك أموالها، أو بحلها بحكم قضائى.

ثانياً: الجمعيات:

(أ) تعريف الجمعية: هى «جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة، تتألف من أشخاص طبيعين لا يقل عددهم عن عشرة ومن أشخاص إعتبارية، لغرض غير الحصول على ربح مادى».

بينما تتميز الشركة بالغرض المادى فان الحمعية تنشأ بهدف تحقيق غرض غير مالى، ثقافى أو علمى أو دينى أو رياضى أو إجتماعى. لذلك تتعدد الجمعيات فهناك الجمعيات الخيرية التى تسعى لأغراض البر، والجمعيات المهنية والنقابية حيث ترمى إلى الدفاع عن مصالح المهنة، والجمعيات السياسية (الاحزاب) التى تشارك فى السياسة العامة للدولة.

(ب) نشوء الجمعية: يستلزم القانون لنشوء الجمعية الكتابة بالأضافة الى الشهر.

١- يتطلب القانون أن يكون للجمعية نظام مكتوب يوقع عليه الأعضاء المؤسسون. وكتابة النظام ليست شرطاً للإثبات بل لقيام الجمعية.

وينبغى ألا يكون من بين الأعضاء المؤسسين أى من الأشخاص المحرومين من مباشرة الحقوق السياسية إلا بتصريح من الجهة الادارية المختصة.

ويستلزم القانون توافر البيانات الآتية فى النظام الأساسى:

- اسم الجمعية والغرض منها ومركز ادارتها، على أن يكون هذا المركز فى مصر.
- موارد الجمعية وكيفية إستغلالها والتصرف فيها.
- الأجهزة التى تمثل الجمعية واختصاصات كل منها وكيفية احتيارأعضائها وطرق عزلهم وإسقاط أو إبطال عضويتهم والنصاب اللازم لانعقاد الجمعية العمومية ومجلس الأدارة والأجهزة الأخرى الممثلة للجمعية والنصاب اللازم لصحة قرارتها.
- نظام العضوية وشروط وحقوق الأعضاء وواجباتهم وعلى الأخص حضور الجمعية العمومية ونظام التصويت فيها.
- نظام المراقبة المالية.
- كيفية تعديل نظام الجمعية وكيفية إدمجها وتكوين فروع لها.
- قواعد حل الجمعية والجهة التى تؤول إليها أموالها.

٢- لا يكفى مجرد الاتفاق المكتوب لنشوء الشخصية الاعتبارية

للجمعية بل يلزم شهر نظامها، وذلك بقيده فى السجل المعد لذلك.

(جـ) الرقابة على الجمعية: لا يجوز أن يكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات، إلا بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض التى نشأت من أجله. ويستثنى من ذلك الجمعيات التى تعمل فى ميدان الرعاية الاجتماعية والجمعيات الثقافية.

- لا يجوز الترخيص بجمع التبرعات من الجمهور وإقامة الحفلات والأسواق الخيرية أو إقامة المباريات الرياضية أو غير ذلك من وسائل جمع الاموال للأغراض الاجتماعية إلا للجمعيات والاتحادات المشهرة وفى الأحوال وبالأوضاع وبالشروط التى تبينها اللائحة التنفيذية.
- على الجمعية أن تنفق أموالها فيما يحقق أغراضها.
- لا يجوز للجمعيات الدخول فى المضاربات المالية، ولكن لها الحق فى استغلال فائض أموالها، بعد مصاريفها، فى أعمال مضمونة الكسب لتحقيق موارد ثابتة لأموالها.
- تخضع الجمعيات لرقابة الجهة الادارية المختصة، وتتناول هذه الرقابة فحص أعمال الجمعية والتحقق من مطابقتها للقوانين ونظام الجمعية وقرارات الجمعية العمومية، ويتولى هذه الرقابة مفتشون تعينهم الجهة الادارية المختصة.
- ويكون للجهة الادارية المختصة بالرقابة على الجمعية وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون الجمعية يكون مخالفا للقانون أولنظام الجمعية أو للنظام العام والآداب.
- توقع عقوبات على من يرتكب مخالفات فى تسيير الجمعيات،

ويجوز توقيع هذه العقوبات على أعضاء مجلس الادارة ومدير الجمعية إذا وقعت المخالفات نتيجة إهمالهم فى أداء واجباتهم.

- يجوز للجهة الادارية إغلاق مقر الجمعية وفروعها أو أحدها مؤقتاً فى بعض الظروف التى يحددها القانون.

(د) انقضاء الجمعية: تنقضى حياة الجمعية بالطرق العامة التى ينقضى بها الشخص الاعتبارى كانقضاء الأجل المحدد لها أو الغرض منها أو موت أعضائها.

وتنتهى حياة الجمعية كذلك بالحل الاختيارى أو الاجبارى.

- يتم الحل الاختيارى بصدور قرار من الجمعية العمومية بأغلبية ثلثى الأعضاء، هذا ما لم يشترط نظام الجمعية أغلبية أكثر من الثلثيين لتقرير الحل.
- أما الحل الاجبارى فيكون بقرار من وزير الشئون الاجتماعية بعد أخذ رأى الاتحاد المختص فى الحالات الاتية:

١- إذا اثبت عجز الجمعية عن تحقيق الاغراض التى نشأت من أجلها.

٢- إذا تصرفت فى أموالهافى غير الأوجه المحددة لها طبقاً لأغراضها.

٣- إذا تعذر انعقاد جمعيتها العمومية عامين متتالين.

٤- إذا ارتكبت مخافة جسمية للقانون أو خالفت النظام العام والآداب.

ويكون من حق الجمعية وكل ذى مصلحة الطعن فى قرار الحل أمام محكمة القضاء الادارى، ويجب على المحكمة الفصل فى الطعن على وجه الاستعجال و بدون مصروفات.

ثالثاً: المؤسسات الخاصة:

هى شخص اعتبارى قوامه مجموع من المال، فهى تتألف من أموال مرصودة لتحقيق غرض معين. هذا الغرض يكون ذا صفة انسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية.

فغرض المؤسسة يشبه غرض الجمعية إلا أن الفارق الجوهرى بينهما هو أن الجمعية تتألف من مجموعة أشخاص أما المؤسسة فمجموع من المال. وكلاهما لا يسعى لتحقيق ربح مادى.

ومن أمثلة المؤسسات، المبالغ التى تختص لتوزيع جوائز على المتفوقين فى العلوم والآداب، كجائزة نوبل للسلام.

انشاء المؤسسة: تنشأ المؤسسة بالارادة المنفردة لمؤسسها. فإذا أراد شخص أنشاء مؤسسة أى رصد مبلغ من المال لغرض معين حال حياته وجب أن يتم ذلك فى صورة محرر رسمى.

وإذا أراد الشخص أنشاء المؤسسة بعد وفاته تم ذلك فى صورة وصية، وفى جميع الحالات لا تكتسب المؤسسة الشخصية المعنوية إلا بشهر نظامها.

ويجب أن تتوافر فى مؤسس المؤسسة أهلية التبرع لأن أنشاء المؤسسة يعتبر عملاً من أعمال التبرع.

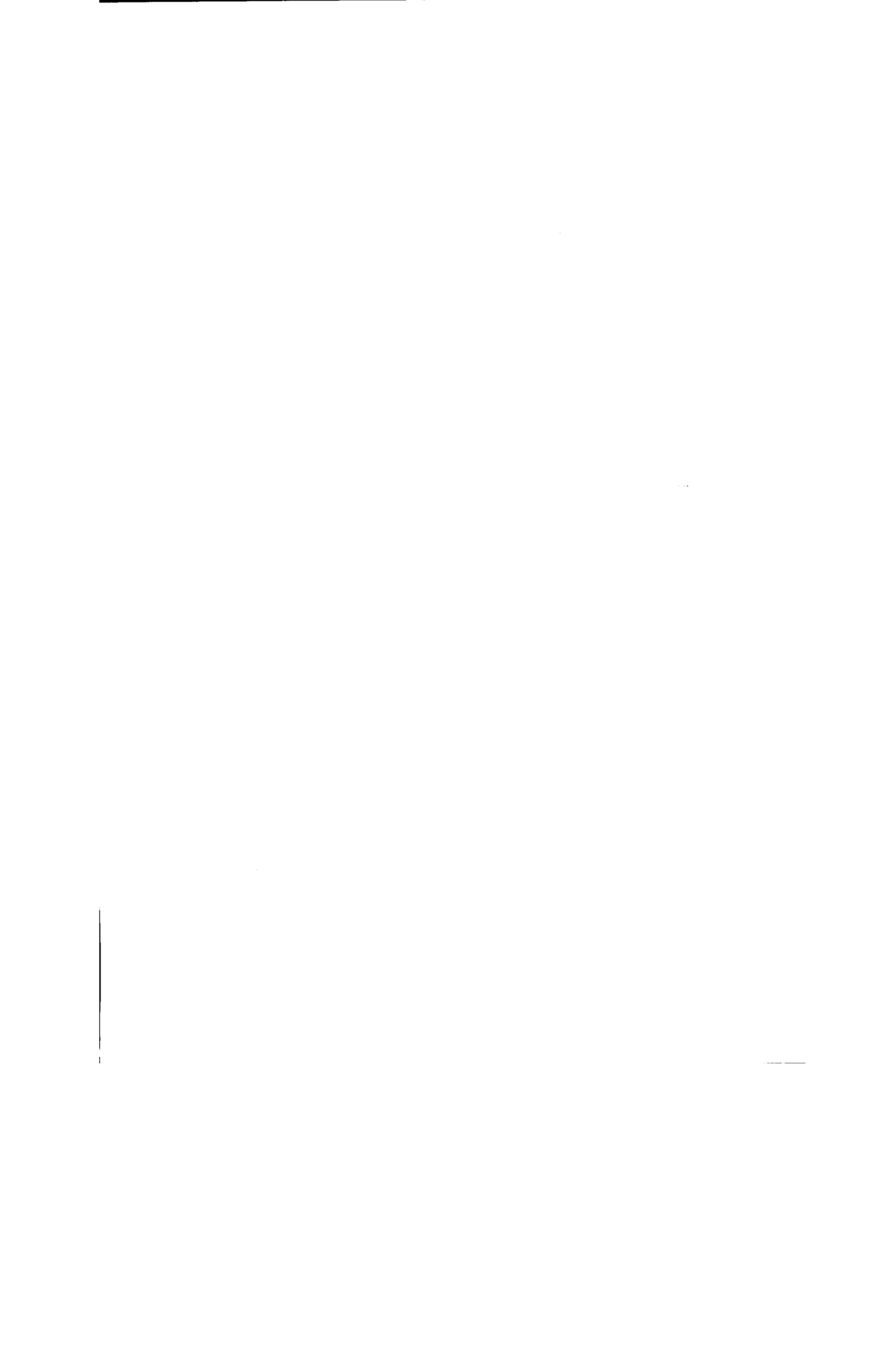
وينبغى أن يتضمن نظام المؤسسة بيانات تتعلق باسم مؤسسها ونشاطها وغرضها والأموال المخصصة لها ونظام اداراتها.

رابعاً: الأوقاف:

الوقف نظام مأخوذ عن الشريعة الاسلامية. وهو حبس العين من التصرف ورصد منفعتها لجهة من جهات البر.

والوقف أما أن يكون أهلياً فى الحالة التى يصرف فيها ريعه لأشخاص معينين فى البداية ثم لجهة من جهات البر بعد ذلك، وإما أن يكون خيريًا وذلك في حالة تخصيص الريع منذ البداية لجهة من جهات البر.

ونظراً لجمود نظام الوقف وعدم مسايرته للأوضاع الآقتصادية الحديثة التى تحبذ تداول الثروات، هذا بالأضافة الى قلة ثمراته وسوء إدارته، قل شأنه حالياً وتدخل المشرع ومنع الوقف على غير الخيرات وأنهى كل الأوقاف الأهلية الموجودة وأصبحت أموالها ملكاً لمستحقيها.



الفصل الثالث
مصادر الالتزام

تمهيد:

الحق الشخصى باعتباره رابطة بين شخصين، إذا نظر إليه من الجانب الإيجابى سمى حقًا، وإذا نظر إليه من الجانب السلبى سمى التزامًا. فهو حق دائنيه لصاحبه (الدائن) على شخص معين (مدين - ملتزم). وهو من الحقوق المالية أى التى تقوم بمال.

والالتزام باعتباره رابطة قانونية يلتزم بمقتضاها شخص بأداء معين نحو شخص آخر، يشكل حجراً أساسيًا فى صلب الحياة العملية من خلال تعامل الافراد ومعاملاتهم، لذا كانت نظرية الالتزامات من أهم النظريات القانونية وأكثرها ارتباطًا بالواقع.

لعل أول ما يتطرق إلى ذهن الانسان للتعرف على ظاهرة من الظواهر هو محاولة تحديد مصدرها قبل بيان ملامحها وما تتميز به من خصائص وأحكام.

فدراسة الحق أو الالتزام تقتضى منا التعرف على مصدره أو السبب المنشئ له. ومصادر الالتزام طبقًا للتقنينات الحديثة خمسة هى: العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب والقانون.

فالتزام المدين بدين معين برد هذا الدين إلى الدائن، مصدره عقد القرض المنعقد بينهما، والتزام قائد السيارة بتعويض المصاب عن ضرر نشأ عن الخطأ في القيادة، مصدرة العمل غبر المشروع. والتزام من تلقى منفعة مادية لا حق له فيها برد قيمتها إلى صاحبها مصدره الاثراء بلا سبب، والتزام من أعلن عن جائزة لمن يقوم بعمل معين، مصدره الارادة المنفردة لصاحب الاعلان، والتزام الاب بالنفقة على أولاده مصدره القانون.

وتلك المصادر الخمسة يمكن تقسيمها إما إلى تصرفات قانونية واما إلى وقائع قانونية.

وإذا كان التصرف القانونى هو اتجاه الارادة إلى احداث أثر قانونى معين، فإن ذلك ينطبق على كل من العقد والارادة المنفردة والقانون.

وإذا كانت الواقعة القانونية هى واقعة مادية يرتب عليها القانون أثراً معينًا، فإن ذلك ينطبق على كل من العمل غير المشروع والفعل النافع أو الاثراء بلا سبب.

المبحث الأول

العقـد

فكرة العقد:

العقد هو توافق ارادتين أو أكثر على احداث أثر قانونى معين، هذا الأثر قد يكون إنشاء حقوق لصالح كل أو بعض أطراف العقد أو خلق التزامات على عاتقهم، وقد تكون الآثار المقصودة هى تعديل التزامات موجودة من قبل أو نقلها أو إنهائها.

من هذا التعريف يتضح لنا أن العقد يستلزم التوافق بين أكثر من إرادة (إرادتين أو أكثر). فالارادة المنفردة تعجز عن إنشاء العقد، إذ لابد من التطابق بين الارادتين على إحداث أثر قانونى معين. وتمام التراضى بين أطراف العقد يقتضى إتفاقهم على الشروط والآثار الجوهرية للعقد.

مبدأ سلطان الارادة:

إذا كان العقد يبنى أساسًا على الارادة وما تتمتع به من سلطان فإن ذلك يعد ترجمة لمبدأ سلطان الارادة. هذا المبدأ التقليدى الذى بمقتضاه يكون للارادة وحدها القدرة على إنشاء الالتزام دون إشتراط إجراء أو شكل خاص، وينبغى ترك الحرية للارادة لتحدد مضمون العقد وحدود الالتزام، وأن يكون للعقد الناشئ عن توافق الارادتين قدسيته واحترامه. فعند انعقاد العقد تتمتع الارادة بالحرية التعاقدية أى حرية الشخص فى أن يتعاقد أو أن يمتنع عن التعاقد. وإذا ما تم العقد، فإنه يعتبر شريعة المتعاقدين إذ لا يجوز تعديل مضمونه إلا باتفاق الاطراف.

ولكن مبدأ سلطان الارادة قد شهد - فى العصور الحديثة - كثير من الانتقادات مما أدى إلى اهداره فى كثير من الحالات.

فمن الناحية الاقتصادية لم يعد مقبولا القول بتساوى المواطنين فى المركز الاقتصادى وبالتالى حريتهم فى التعاقد، إذ لابد من تدخل الدولة فى العقود التى يكون فيها أحد الأطراف ضعيفًا فى مواجهة الطرف الآخر مثل عقد العمل وعقد الاستهلاك حتى يمكن إقامة التوازن ومنع الاحتكار أو الاستغلال.

ومن الناحية الاجتماعية لم يعد يسمح للافراد بالاتفاق أو بالتعاقد على أشياء قد تخالف النظام العام والآداب أو مقتضيات الخطة الاقتصادية أو الاتجاه العام للمجتمع، فالصالح العام يعلو المصلحة الفردية.

ومن الناحية الواقعية، أباح المشرع للقاضى تعديل شروط العقد بما يتفق وتغير الظروف واعادة التوازن بين الطرفين تحقيقًا لفكرة العدالة. واحيانًا يستلزم المشرع لانعقاد العقد توافر شكل معين (مثل كتابته أو تسجيله) حتى ينتج آثاره وذلك لحكمة معينة تتفق والتطورات الاجتماعية الحديثة.

تقسيمات العقود:

يمكن تقسيم العقود إلى أقسام عدة. وتختلف تلك التقسيمات باختلاف الأساس الذى يقوم عليه التقسيم (الانشاء، الآثار، الأوصاف).

١- العقود الرضائية - العقود غير الرضائية أو الشكلية:

العقد الرضائى هو ذلك العقد الذى يتم بمجرد تلاقى ارادات اطرافه دون اشتراط صدور التعبير عن الارادة فى شكل خاص إذ لا يلزم لقيام العقد أى اجراء أو عمل معين. والاصل أن كل العقود رضائية أى تنشأ بمجرد التراضى ما لم يقض القانون بغير ذلك.

أما العقد الشكلى فلا ينعقد بمجرد تلاقى الارادتين إذ يلزم التعبير عن الارادة فى شكل معين أو أن يقترن التراضى باجراء أو عمل معين. وذلك مثل عقد الشركة الذى يلزم أن يكون مكتوبا وعقد الزواج الذي يلزم لانعقاده حضور شاهدين، وإشتراط التسجيل في كل من الرهن والهبة.

٢- عقود المساومة وعقود الاذعان:

عقود المساومة أو الممارسة هى تلك التى تقوم على حرية كل من أطراف العقد فى مناقشة شروطه والمساومة على عناصره، أما عقود الاذعان فيكون فيها أحد الاطراف فى مركز المحتكر الفانونى أو الفعلى للسلعة أو الخدمة موضوع التعاقد مما يمكنه ذلك من فرض شروطه على الطرف الآخر الذى لا يستطيع أن يناقش تلك الشروط أو يعدلها.

ونظراً لأن عقود الاذعان ترد غالبًا على سلع أو خدمات ضرورية فإن الطرف الضعيف لا يكون امامه إلا القبول بالشروط المفروضة. وذلك مثل التعاقد على النقل مع السكك الحديدية والعقود مع شركات الكهرباء أو المياه.

ويتدخل المشرع فى عقود الاذعان لحماية الطرف الضعيف ومنح القاضى سلطة الغاء الشروط التعسفية وتفسيرها لمصلحة الطرف المذعن.

٣- عقود المعاوضة وعقود التبرع:

عقد المعارضة هو ذلك الذى يتلقى فيه المتعاقد مقابلاً لما يعطيه وذلك مثل البيع والايجار والمقاولة، أما عقد التبرع فهو العقد الذى لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما يعطى مثل عقد الهبة.

٤- العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة للجانبين:

العقد الملزم للجانبين هو ذلك الذى ينشئ التزامات متبادلة على

عاتق كل طرف من طرفى العقد، مثل عقد البيع الذى يلزم البائع بنقل ملكية الشىء المبيع إلى المشترى ويلزم المشترى بدفع الثمن للبائع.

أما العقد الملزم لجانب واحد فلا ينشئ التزامات إلا على عاتق طرف واحد فقط من طرفى العقد مثل الهبة حيث يلتزم الواهب بنقل ملكية المال الموهوب إلى الموهوب له ولكن هذا الاخير لا يلتزم بشئ قبل الواهب.

٥- العقود الفورية والعقود الزمنية (عقود المدة):

يكون العقد فوريًا إذا لم يكن الزمن عنصراً جوهريًا فيه، ويمكن أن تنفذ الالتزامات المترتبة عليه فى الحال. ولا يؤثر فى ذلك تراخي التنفيذ إلى أجل معين أو على فترات متتابعة لأن الزمن فى هذه الحالة لا يعتبر عاملاً فى تحديدكم الالتزامات ومقدارها وذلك مثل عقد البيع.

أما العقد الزمنى فيعتبر الزمن فيه عنصراً جوهريًا، حيث يعتبر مقياسًا لتقدير محل الالتزام وذلك مثل عقد العمل وعقد الإيجار، فالاستفادة من جهد العامل والانتفاع بالعين المؤجرة ينطوى بالضرورة على عنصر الزمن.

وبعد هذا التمهيد ننتقل الى دراسة أحكام العقد: انعقاده وآثاره وانحلاله.

المطلب الأول
ابرام العقد

تمهيد:

يتم العقد بالاتفاق بين شخصين على الأقل، يعبر كل منهما عن ارادته بقصد تحقيق آثار قانونية. فالتراضى أو الارتباط بين الارادات

هو ركن العقد الأساسى، كما يجب أن ينصب هذا الرضى على موضوع معين إذ لابد من محل يقوم عليه وهذا هو الركن الثانى للعقد. ثم أن الشخص الذى يلتزم فى العقد بارادته يجب أن يكون مدفوعًا إلى هذا الالتزام بسبب معين، ولذلك يعتبر السبب ركنًا ثالثًا فى العقد.

بالاضافة إلى اركان أو شروط انعقاد العقد (الرضا - المحل - السبب) يلزم - لكى يكون العقد صحيحًا - أن يكون كل من طرفيه متمتعًا بالأهلية اللازمة لعقده، وأن تكون إرادة كل منهما سليمة أى خالية من العيوب التى تفسدها، كما يجب مراعاة ما قد يستلزم من شكل لا ينعقد العقد بدونه.

فاذا تخلف أو اختل شرط أو ركن من العناصر السابقة تعرض العقد للبطلان. وهذا ما يثير الحديث عن جزاء شروط وصحة العقد.

الفرع الأول

الارادة أو التراضى

وجود الارادة والتعبير عنها:

يلزم لكى ينعقد العقد أن تكون هناك ارادة. فإذا لم توجد الارادة لأى سبب من الأسباب لا يمكن أن يتوافر الرضى. وبالتالى لا ينعقد العقد. ويلزم كذلك أن تتجه الارادة إلى احداث اثر قانونى، أى اذا لم يقصد الشخص أن تشترك إرادته فى انشاء عقد يلتزم بمقتضاه فلا يتوافر الرضى المنشئ للعقد.

ولأن اتجاه الارادة نحو الارتباط بعقد معين أمر باطنى يدور فى داخل النفس الانسانية ولا يقع بذاته تحت الحس، كان لا مناص من الاستدلال عليه بمظهر خارجى. هذه الارادة الباطنية يجب أن تظهر الى الحيز الخارجى بصورة مؤكدة وجدية ويحصل هذا بطريق التعبير.

التعبير الصريح والتعبير الضمنى:

لا يستلزم القانون صورة معينة للتعبير عن الارادة، بل يجعل حرية التعبير عن الارادة هى الاصل، حيث يكون لصاحب الارادة أن يختار الصورة التى يريد فى التعبير عن ارادته.

ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة صريحًا كما يجوز أن يكون هذا التعبير ضمنيًا. فالتعبير الصريح قد يكون باللفظ أى بالكلام أو بالكتابة أو بالاشارة. ويكون التعبير الصريح كذلك باتخاذ موقف معين يقطع فى الدلالة على المقصود، كعرض بضائع فى واجهة محل تجارى مع بيان ثمنها، فهو تعبير عن عرض بيعها بالسعر المبين عليها. ويكون التعبير ضمنيًا إذا كانت الوسيلة المستعملة لا تدل بذاتها مباشرة على المعنى المقصود ولكنها مجرد اشارة تكشف عن ذلك المعنى وتنطوى عليه وذلك كبقاء المستأجر فى العين بعد انتهاء مدة الايجار، إذ يفيد ذلك رغبته فى تجديد الايجار.

إلا أنه احيانا يشترط القانون أن يكون التعبير عن الارادة صريحا بل وفى شكل معين مثل إشتراط الكتابة فى عقد الشركة والرسمية فى الرهن وهبة العقار.

توافق الارادتين (الايجاب والقبول):

يتكون العقد بالتقاء ارادتين على الأقل تهدفان إلى ترتيب آثار قانونية، والارادة التى تصدر أولا متضمنة عرض ابرام العقد، على طرف آخر تسمى «الايجاب»، والارادة التى تصدر تالية لها متضمنة الموافقة على ابرام هذا العقد تسمى «القبول»، وبارتباط القبول بالايجاب يتم العقد.

الايجاب:

الايجاب تعبير عن الارادة موجه إلى شخص أو اشخاص آخرين يعرض عليهم الدخول فى رابطة عقدية وفقًا للشروط التى يحددها هذا الايجاب. والايجاب ينبغى أن ينطوى على العناصر الاساسية للعقد وأن يكون باتا فهو يختلف عما يسبقه من مفاوضات أو دعوة إلى التعاقد أو مجرد اعلان فى الصحف عن سلعة معينة. ولكن ليس من اللازم أن يكون الايجاب موجهًا إلى شخص معين فيمكن أن يوجه الايجاب إلى الجمهور. فعرض البضائع فى نافذة متجر مع بيان ثمنها يعتبر ايجابًا موجهًا لأى راغب فى الشراء، ودعوة للتعاقد اذا لم يبين الثمن.

إن مناط التمييز بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد تكمن في وجود النية القاطعة في الارتباط بالعرض، فان وجدت هذه النية كنا بصدد إيجاب بات وإن لم توجد كنا أمام مجرد دعوة إلى التعاقد. ويكشف عن وجود هذه النية إشتمال التعبير على العناصر الإساسية للعقد المراد إبرامه. وعلى هذا فان الإعلان عن بيع أشياء بالمزاد، ولو تم تحديد ثمن أساسي فيه، يعد دعوة للجمهور للتقدم بالعطاء، وكل عطاء يعتبر إيجابًا وإرساء المزاد هو القبول. والإعلان عن وظيفة يعد مجرد دعوة إلى التعاقد حتى لو تضمن بيان العمل والمؤهلات والأجر، ويكون التقدم من الراغبين بمثابة إيجاب ولا ينعقد العقد إلا بقبول صاحب العمل لأن شخصية العامل محل إعتبار.

والأصل فى الايجاب أنه غير ملزم بمعنى أنه يجوز الرجوع فيه فى أى وقت ما دام القبول لم يقترن به. غير أنه فى بعض الحالات يلتزم الموجب بالابقاء على ايجابه ولو إلى مدة محددة حتى يستطيع من يوجه إليه الايجاب أن يعتمد عليه وأن يرتب شئونه، وذلك نظراً لأن حاجة المجتمع فى العصر الحاضر تقتضى توفير الثقة فى التعامل واستقرار

المعاملات. ويكون ذلك عندما يحدد الموجب في ايجابه مدة معينة لصدور القبول فهنا يلتزم الموجب بالبقاء على ايجابه إلى ان ينقضى هذا الميعاد، فاذا انقضت هذه المدة دون أن يقترن القبول بالايجاب، فإن الايجاب يسقط من تلقاء نفسه. وكذلك الحال فى الأمور التجارية حيث يقضى العرف بالتزام الموجب بالابقاء على ايجابه خلال مدة معقولة. وتحديد المهلة يترك لتقدير القاضى على ضوء الظروف التجارية.

اقتران القبول بالايجاب:

القبول هو التعبير اللاحق للايجاب، حاملاً إرادة مطابقة لارادة الموجب، مضمونها قبول العقد المعروض والرغبة فى إبرامه.

والأصل أن التعبير عن الارادة (القبول) يقتضى موقفًا ايجابيًا (صريحًا أو ضمنيًا) ممن يعبر عن ارادته ولذا فإن السكوت لا يعد تعبيراً عن الارادة إذ لا ينسب لساكت قول. ولكن المشرع اعتد بالسكوت فى الحالات التى يقترن فيها بملابسات تجعل منه قبولاً. ولهذا يعتبر السكوت بمثابة قبول للتعاقد إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين. مثال ذلك تاجر التجزئة الذى يرسل فى طلب بضاعة من تاجر الجملة الذى يتعامل معه، ويسكت تاجر الجملة عن الرد فيعتبر هذا قبولا منه لطلب تاجر التجزئة وينعقد العقد. وكذلك الحال إذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه إليه، كالهبة التى توجه إلى شخص فيسكت عن الرد، فيحمل سكوته على أنه قبول لها. وأخيراً يعتبر السكوت قبولا إذا دلت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى على ذلك. مثال ذلك حالة ارسال البنك لعميله كشفًا بالحساب فيسكت عن الاعتراض عليه مدة كافية، اعتبر ذلك قبولا منه لهذا الحساب. وعدم إبداء المتعاقدين الرغبة في إنهاء الإيجار يعتبر قبولاً لتجديده.

ويجب أن يكون القبول مطابقا للايجاب بكل عناصره وشروطه حتى

ينعقد العقد. فاذا جاء القبول مشروطا أو مقيدا أو مخالفا للايجاب على أية صورة، كان هذا بمثابة رفض له، ويعتبر ايجابا جديدا، لا يتم العقد إلا اذا قبله الطرف الآخر الذى صدر عنه الايجاب أولا.

الوعد بالتعاقد:

يحدث كثيرا فى الحياة العملية أن يعد شخص شخصا آخر بابرام عقد فى المستقبل اذا اظهر الموعود له رغبته فى ذلك خلال المدة المتفق عليها. فقد يعد صاحب شقة ما شخص معين بتأجيرها له إذا رغب فى ذلك خلال مدة معينة. والوعد بالتعاقد هو عقد يتم بايجاب وقبول ولكنه ملزم لجانب واحد فقط هو الواعد، أما الموعود له فلا يلتزم بشئ.

ويشترط لابرام عقد الوعد تعيين المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه فإن كان وعدا بالبيع وجب تحديد الثمن والشروط الاخرى الاساسية فيه. وينبغى أن تحدد للوعد مدة يلتزم فيها الواعد بوعده ويجوز أن يعبر فيها الموعود له عن ارادته. ويشترط كذلك فى الحالات التى يكون العقد الموعود به شكليًا كعقد رهن رسمى أو عقد هبة، أن يتم الوعد فى نفس الشكل الذى يطلبه القانون للعقد المراد ابرامه.

وفى حالة اخلال الواعد بالتزامه يكون للموعود له مقاضاته واستصدار حكم بالتعويض، أما إذا كانت الشروط اللازمة لتمام العقد قائمة كان للموعود له أن يلجأ إلى القضاء ليصدر حكما يقرر قيام العقد ويلزم الواعد بتنفيذه.

التعاقد بالعربون:

العربون هو مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند التعاقد وذلك اما بقصد تمكين كل منهما من العدول عن العقد مقابل خسارة المبلغ الذى دفع أو قيام من تسلم هذا المبلغ برد ضعفه إذا عدل، واما

بقصد تأكيد انعقاد العقد أى للدلالة على أن التعاقد قد أصبح نهائيا. ويسمى العربون فى الحالة الأولى بعربون العدول أما فى الحالة الثانية فيسمى بعربون الاثبات.

وطبقا للقانون المصرى فان العربون يعتبر وسيلة للعدول عن العقد. فاذا عدل من دفعه فقده واذا عدل من قبضه وجب عليه رده ومعه مثله. وهذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر. ولكن ليس هناك ما يمنع من اتفاق الاطراف على العكس أى اعتبار العربون قسطا معجلا.

التعاقد الإلكتروني :

هو اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد (الإنترنت)، من خلال تقديم منتج أو سلعة أو خدمة، دون حضور مادي بين الطرفين، وهذا ما يسمى بالتجارة الإلكترونية. ينعقد العقد بطريقة فورية ومتعاصرة، حيث يتم التفاوض والدعوة إلى التعاقد وتبادل الإيجاب والقبول عبر الشاشة طبقًا لإجراءات محددة، ويتم التعبير عن العقد وإثباته من خلال رسائل البيانات أو المحررات والتوقيعات الإلكترونية، ويتم الوفاء عن طريق البطاقة المصرفية أو حافظة نقود إلكترونية.

النيابة فى التعاقد:

الأصل أن يعبر الشخص عن ارادته بنفسه بقصد ابرام تصرفات لحسابه، ولكن كثيراً ما يحدث أن ينوب عنه فى ذلك شخص آخر. فالنيابة هى قيام شخص يسمى النائب مقام شخص آخر يسمى الاصيل فى ابرام تصرف قانونى لحساب الاصيل.

ويسمح نظام النيابة للاشخاص الذين لا يستطيعون مباشرة عقد معين بذواتهم، سواء لتغيبهم أو لكثرة مشاغلهم أو لعدم خبرتهم بأن

تجرى معاملاتهم مع الغير عن طريق شخص ينوب عنهم فى ذلك. وأحيانا يكون صاحب المصلحة عديم التمييز بسبب السن أو الجنون أو أن يكون ناقص الاهلية بسبب السفه أو الغفلة. ومثل هذا الشخص لا يكون أهلا للتصرف فى حقوقه ولذلك لابد من تعيين نائب له يحل محله فى إدارة شئونه. وقد تكون النيابة أمراً ملائمًا وعاملا من عوامل سرعة المعاملات وسهولتها، وهو أمر ضرورى للنشاط الاقتصادى فى المجتمع.

والنيابة لا تجوز إلا فى الأعمال القانونية، وهى قد تكون اتفاقية أى نتيجة اتفاق بين شخصين على أن يكون لاحدهما تمثيل الآخر فى التصرفات أى عن طريق توكيل شخص لآخر. وقد تنشأ النيابة نتيجة لقرار قضائى كما في حالة الحكم بتعيين وصي أو حارس قضائى (نيابة قضائية). وقد تنشأ النيابة بحكم القانون كما فى حالة نيابة الاب عن إبنه القاصر (نيابة قانونية).

شروط النيابة:

وثبوت نيابة شخص عن آخر، وانصراف آثار تصرفات النائب إلى الاصيل، له شروط يجب توافرها، حتى تترتب هذه النتيجة.

١- حلول إرادة النائب محل الاصيل، يجب أن يكون النائب معبرا عن ارادته هو لا عن إرادة الاصيل، أى أن إرادة النائب تحل محل إرادة الاصيل فى ابرام التصرف، لأنه لو اقتصر على أن يعبر عن إرادة الاصيل لم يعد نائبًا بل مجرد رسول، فالرسول يقتصر على أن ينقل نقلاً ماديًا ما كلفه به الاصيل، فهو مجرد ناقل لتعبير الغير مثل مصلحة البريد أو التلغراف.

وعلى ذلك فانه إذا كانت إرادة النائب معيبة بعيب من عيوب الإرادة كغلط أو تدليس أو إكراه، فإن العقد يكون قابلا للابطال ولو كانت

ارادة الاصيل سليمة من كل عيب، وأيضا فإنه يعتد بحسن أو سوء نية النائب لا الاصيل.

٢- يجب أن يكون التعاقد باسم الاصيل، فيجب على النائب أن يظهر للغير بانه يتعاقد باسم الاصيل، فلو تعاقد النائب مع الغير باسمه هو لما كانت هناك نيابة وانصرفت اليه هو آثار العقد. وقد يعلن النائب عن صفته عند ابرام العقد وقد يستفاد هذا من الظروف كالخادم الذى يشترى لسيده. هذا ما لم يكن المتعاقد الآخر لا يهمه أن تنصرف آثار العقد إلى النائب بالذات أو الأصيل، اذ يستوى لديه أن يتعامل مع الأصيل أو النائب، ويتحقق ذلك فيما يتم من معاملات بالنقد فى المحلات التجارية.

٣- أن يكون تصرف النائب فى حدود نيابته، اذ يجب أن يعمل النائب فى الحدود التى رسمها له الأصيل ووفقا للشروط المحددة لذلك. وتلك الحدود يبينها الاتفاق فى حالة الوكالة، ويتولى القانون تعيينها فى حالة النيابة القانونية. فلا يتجاوز النائب حدود السلطة المخولة له أو يخالف مضمونها، ولا يستمر فى العمل بعد انقضاء مدة النيابة.

ومع ذلك فهناك حالات يلتزم فيها الأصيل في مواجهة الغير رغم خروج النائب عن حدود سلطته مثل حالة النيابة الظاهرة، لحماية الغير حسن النية عندما يتعامل مع شخص يأخذ مظهر الوكيل بما لديه من مستندات توحي بالثقة صادرة عن الأصيل، وحالة انقضاء النيابة دون أن يعلم النائب بذلك، وحالة تعذر إخطار الاصيل قبل إتيان التصرف وأخيرا عندما يقر الاصيل التصرف الذى أتاه النائب ويكون للاقرار أثر رجعي.

آثار النيابة:

تظهر آثار النيابة فى ثلاثة أنواع من العلاقات:

١- العلاقة بين الأصيل والنائب: ويحكم تلك العلاقة المصدر الذى أنشأ النيابة فان كانت النيابة اتفاقية عين العقد مدى التزامات النائب وحقوقه قبل الأصيل، وان كانت قضائية أو قانونية عين القانون أو حكم القاضى طبيعة العلاقة بين الاطراف.

٢- العلاقة بين النائب والغير: ان تعاقد النائب باسم الاصيل يجعل التصرف الذى يبرمه غير منتج لأى أثر بالنسبة إليه شخصيًا ، وبناء على ذلك لا يكسب النائب أى حق ولا يلتزم بأى دين من التصرف أو العقد المنعقد. وينصرف أثر التعامل إلى الأصيل فلا يجوز أن يطالب الغير بشىء ولا يجوز للغير أن يطالب النائب بشيء.

٣- العلاقة بين الأصيل والغير: تنشأ بين الاصيل والغير علاقة مباشرة نتيجة التصرف الذى أبرمه النائب، وتولد الحقوق والالتزامات بين الغير والاصيل مع اختفاء شخص النائب من بينهما.

تعاقد النائب مع نفسه:

هل يجوز للنائب أن يتعاقد مع نفسه؟ ويتحقق ذلك فى صورة النيابة البسيطة وفيها يكون النائب مكلفا ببيع شىء مملوك للاصيل فهل يجوز للنائب أن يشتريه لنفسه؟ ويتحقق ذلك فى صورة النيابة المزدوجة، ومثالها أن يكون هناك وكيل بالعمولة مكلف من أحد عملائه بان يشترى أسهما ومكلف من عميل آخر بأن يبيع أسهما من نفس النوع المكلف بشرائه، هل يجوز أن يشترى من هذا لذاك؟

يصعب القول بذلك من الناحية الفنية إذ لا يوجد سوى شخص واحد بينما يتطلب العقد وجود إرادتين على الاقل. هذا بالاضافة إلى

الاعتراض العملى إذ أن النائب سيفضل مصلحته على حساب مصلحة الاصيل، وقد يصعب عليه التوفيق بين مصلحة من ينوب عنهما.

لذلك حرم القانون تعاقد الشخص مع نفسه، سواء أكان التعاقد لحسابه أم لحساب الغير. ومع هذا فهناك حالات استثنائية يجوز فيها مثل هذا التعاقد وذلك اذا صدر ترخيص من الاصيل أو اذا أجاز الاصيل مثل هذا التعاقد، ويجوز تعاقد النائب مع نفسه فى الحالات التى يجيز فيها القانون ذلك أو طبقًا لما تقضى به قواعد التجارة، مثل جواز مباشرة الوكيل بالعمولة عقد البيع عن طرفيه معا.

الفرع الثانى

المحل والسبب

مفهوم المحل:

محل الالتزام هو ما يلتزم به المدين، وهو إما أن يكون إعطاء شىء أى نقل حق عينى على شىء، وإما أن يكون اداء عمل، وإما أن يكون إمتناعا عن عمل. ونظرا لأن محل العقد هو انشاء الحقوق والالتزامات امكن القول بأن المحل ركن فى العقد مع انه فى الواقع يعد العملية القانونية التى يراد تحقيقها من وراء العقد.

وعلى ذلك فإن الكلام فى شروط المحل ينظر فيه اصلا إلى ما يجب توافره من شروط فى محل الالتزام (العمل أو الامتناع) وينظر فيه أحيانا إلى الشىء الوارد عليه الحق العينى المراد نقله أو المتعلق به العمل أو الامتناع المتعهد به، وذلك مثل تحديد الشروط اللازم توافرها فى الشىء المبيع.

شروط المحل:

١- ينبغى أن يكون المحل أمراً ممكنا أو شيئًا موجودا أو قابلاً

للوجود، فعدم وجود محل الالتزام يستلزم إنتفاء وجود العقد.

فاذا كان محل الالتزام أداء عمل أو امتناعا عن عمل وجب أن يكون هذا المحل ممكنا فان كان مستحيلا، كان العقد باطلا. والاستحالة التى تؤدى إلى بطلان العقد هى الاستحالة المطلقة وليست الاستحالة النسبية. ومثال الاستحالة النسبية التى لا تؤثر فى صحة العقد أن يتعهد مقاول بتنفيذ عملية إنشائية كبيرة تتخطى بكثير حدود إمكانياته المادية والفنية، فهنا الاستحالة تكون شخصية لانها إذا كانت تقوم بالنسبة لشخص فلا تقوم بالنسبة لغيره. أما الاستحالة المطلقة فهى إستحالة موضوعية، قد تكون مادية مثل التزام الجراح باجراء عملية جراحية لمريض مات قبل العقد، وقد تكون قانونية مثل الالتزام بتسليم سلعة أجنبية تمنع البلد المنتجة لها تصديرها إلى الخارج.

أما اذا كان محل الالتزام نقل حق عينى على شىء (التزام باعطاء)، وجب أن يكون هذا الشىء موجوداً وقت التعاقد. فمن يبيع منزلاً، يتبين هلاكه قبل ابرام العقد، فإن العقد يقع باطلا لعدم وجود المحل. أما إذا وجد محل الالتزام وقت العقد وهلك بعد ذلك، فان العقد ينعقد، ولكن تنفيذه يكون مستحيلا فينفسخ العقد.

ويجوز أن يكون محل الالتزام شيئًا مستقبلاً. فالتعامل على أشياء مستقبلة جائز، كمن يتعهد بتوريد سلعة معينة ينتجها مصنعه فى المستقبل، وكمن يؤجر شقة لم يتم بناوها بعد. على أنه إذا لم يوجد الشىء فى المستقبل، فان العقد ينفسخ بعد أن يكون قد انعقد فعلا.

واذا كان القانون قد أجاز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا، فانه لا يجيزه فى بعض الصور، مثل عدم جواز رهن المال المستقبل أو هبة الاموال المستقبلة. وقد حرم القانون كذلك التعامل فى التركات المستقبلة، فإذا باع الوارث ما سوف يؤول إليه من التركة بعد وفاة

مورثه فان مثل هذا التصرف يكون باطلا لانه ينطوى على المضاربة على حياة شخص حى وهو ما يتعارض مع الآداب. أما إذا كان التصرف من المورث عن طريق الوصية فى حدود ثلث التركة فان هذا جائز، إذ التصرف بالوصية ليس نهائيا، فله حق الرجوع فيها.

٢- ينبغى أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين، والا كان العقد باطلا. ويكون المحل معينا إذا حدد تحديدا كافيا لبيان عناصره ومضمونه. فإذا كان الالتزام ببيع منزل وجب تحديد موقعه وأوصافه. وان كان الشئ محل الالتزام غير معين بذاته، ككمية من القمح، وجب أن يكون معينا بمقداره (كمائة طن مثلا) مع بيان النوع ودرجة الجودة. أما اذا كان محل الالتزام القيام بعمل فيجب توضيح هذا العمل وبيان حدوده ومداه، وقد يكون تعيين المحل متضمنًا فى ظروف المعاملة.

ولا يلزم أن يكون المحل معينا، بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين حتى يمكن الاتفاق عليه، وحتى يستطيع المدين الوفاء به. وذلك كبيع الثمار الموجودة فى أرض معينة، تلك الثمار غير محددة ولكنها قابلة للتعيين عند الجنى.

٣- ينبغى أن يكون المحل أمراً مشروعًا أو شيئًا مما يجوز التعامل فيه، فاذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب كان العقد باطلا.

والاشياء قد تخرج عن التعامل بطبيعتها كالاشياء المشتركة مثل الشمس والهواء والماء، فهذه الاشياء لا يمكن الاستئثار بها فى مجموعها، ومع ذلك اذا استأثر شخص بجزء منها (كزجاجات المياه وأنابيب الغاز) فانها تصلح أن تكون محلا للتعاقد.

وقد تخرج الاشياء عن التعامل بحكم القانون حماية للمصلحة العامة، كالمال العام مثل الطرق والانهار، فهذه الاشياء لا يجوز بيعها أو التعامل فيها. وقد يخرج الشئ من التعامل لعدم مشروعية ذلك بحكم القانون أى لمخالفته للنظام العام والآداب كما فى بيع المخدرات والربا الفاحش ومباشرة الدعارة.

والنظام العام يعد فكرة مرنة. وهى فكرة تعبر عن الأساس السياسى والاجتماعى والاقتصادى والخلقى الذى يقوم عليه المجتمع، فهى تتغير بتغير الزمان والمكان. ومن تطبيقات فكرة النظام العام والآداب عدم جواز الاتفاق على ارتكاب جريمة أو تقاضى الرشوة أو التهرب من الضريبة أو إدارة بيت من بيوت الدعارة وتوقيع الزوجة على عدم الإنجاب، وتوقيع العامل على عدم الحصول على أجازات أو قبول مرتب أقل من الحد الأدنى القانوني. فمثل هذه الاتفاقات تعد باطلة.

السبب:

السبب فى العقد هو الغرض الذى من أجله التزم المتعاقد، هذا الغرض قد يكون مباشرا أى الذين يرمى إليه العاقد من وراء التزامه (السبب القصدى) ويكون هذا السبب بالنسبة للبائع هو الحصول على الثمن ولا يختلف هذا الامر من بائع إلى آخر ولا من صفقة إلى أخرى.

ولكن الغرض قد يكون غير مباشر أى السبب الدافع للتعاقد أو الباعث الذى دفع المتعاقد إلى ابرام العقد. فهو الباعث النفسى الذى يحمل الناس على البيع والشراء، وهذا أمر يختلف من شخص لآخر، فعندما يبيع الشخص قطعة أرض قد يكون الباعث له هو الانفاق أو عمل مشروع أو غير ذلك. ويلزم لصحة العقد وجود السبب ومشروعيته، وهذا أمر مفترض ما لم يثبت العكس.

الفرع الثالث

سلامة الرضاء

لا يكفى مجرد توافر الرضا حتى ينعقد العقد صحيحًا، إذ يلزم أن تكون ارادة كل من المتعاقدين سليمة خالية مما يعيبها، والارادة المعيبة هى ارادة موجودة ولكنها غير سليمة أى لحقها عيب من عيوب الرضاء، وهى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال. فاذا صدر العقد من شخص مجنون أو معتوه أو من صبى غير مميز كانت الارادة معدومة والعقد باطل بطلانا مطلقًا. أما إن كان المتعاقد قد وقع فى غلط أو دلس عليه أو كان الرضى قد صدر تحت تأثير اكراه أو إستغلال، فإن الرضاء يكون موجوداً ويقوم العقد ولكنه يكون مهددا بالزوال أى باطلا بطلانا نسبيا ونعرض لعيوب الرضاء على التوالى.

أولا: الغلط

تعريف الغلط:

الغلط وهم يقوم بذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته ويدفعه ذلك إلى التعاقد، بحيث لو لم يكن الغلط ما كان الشخص قد أقدم على إبرام العقد.

وهناك عدة أنواع من الغلط:

١- الغلط المانع: وهو يعدم الرضاء كلية ويمنع إنعقاد العقد أو بطلانه بطلانا مطلقا، وهو يتحقق اذا تعلق الاعتقاد الخاطئ بركن من أركان العقد كطبيعة العقد أو محله أو سببه، مثال ذلك أن يعتقد أحد الطرفين أنه يبيع الشئ الذى يملكه بينما يعتقد الطرف الآخر أنه يتلقاه على سبيل الهبة. وكذلك الغلط فى طابق البناء موضوع البيع.

٢- الغلط غير المؤثر، وهو الذى لا يمس صحة العقد لأنه لا يتعلق بأية صفة جوهرية فيه، فهو غير مبطل للرضاء لأنه لم يكن الدافع إلى التعاقد. ومثال ذلك الغلط فى صفة عرضية فى الشئ مثل نوع الورق بالنسبة لكتاب اشتراه الشخص أو الغلط فى الحساب، إذ لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط.

٣- الغلط الجوهرى، وهو الغلط الذى يعيب الرضاء ويجعل العقد قابلاً للابطال وهو ما نتناوله بشئ من التفصيل.

الغلط الجوهرى:

هو ذلك الغلط الذى يبلغ حداً معينًا من الأهمية بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط. ويشترط لاعتبار الغلط جوهريًا أى معيبًا للإرادة شرطان:

١- أن يكون الغلط جوهريًا أى لولاه لما أقدم المتعاقد على التعاقد، لذا يطلق عليه الغلط الدافع. ومن أمثلة الغلط الجوهرى، الغلط فى صفة جوهرية، كغلط الشخص فى أوصاف قطعة أرض اشتراها، والغلط فى ذات المتعاقد أو فى صفة رئيسية فيه، كمن يشترى لوحة معتقداً أنها من رسم فنان مشهور وهى ليست كذلك، ويعتد كذلك بالغلط فى القيمة والغلط فى الباعث إذا كان كل منهما جوهريًا أى دافعًا إلى التعاقد. ونفس الشئ بالنسبة للغلط فى القانون، كمن يهب مالاً لمطلقته معتقداً أنها لا زالت فى عصمته، بينما هى فى الواقع لم تعد كذلك، والاعتداد بالغلط فى القانون لا يقصد به إستبعاد تطبيق القانون بل على العكس إعماله وتطبيقه.

٢- يشترط كذلك أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع فى نفس الغلط أو أن يكون على علم به أو من السهل عليه أن يتبينه، أى ينبغى أن

يكون الغلط مشتركا. ويقصد بهذا الشرط التوفيق بين إعتبارات العدالة ودواعى إستقرار المعاملات، وذلك بتجنب مفاجأة المتعامل مع الغالط ببطلان لا يدرى عن أسبابه شيئًا. أى ينبغى أن يتحقق موضوع الغلط فى النطاق العقدى أى دخوله فيما يتم الاتفاق عليه أو فيما يفترض الاتفاق عليه بين الغالط والمتعامل معه، أما اذا كان الغلط فرديا فلا يجوز الطعن فى العقد على اساسه ولو كان غلطا جوهريا.

اذا توافر الشرطان السابقان أمكن التمسك ببطلان العقد لتعيب الارادة بعيب الغلط، ومع ذلك فانه لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية، فاذا أظهر المتعاقد الآخر استعداده لأن ينفذ العقد بالطريقة التى تتفق مع مضمون وأوصاف العقد الذى كان يقصد المتعاقد الأول إبرامه وجب أن يبقى هذا الأخير ملزما بذلك العقد.

ثانيًا: التدليس

تعريف التدليس:

هو إستعمال شخص طرقًا احتيالية لايقاع شخص آخر فى غلط يدفعه إلى التعاقد، أى أنه غلط مستثار يقع فيه الشخص تحت تأثير حيل يقوم بها شخص آخر. والتدليس يفسد الرضاء بسبب ما أوجده فى ذهن المتعاقد من غلط دفعه الى التعاقد، وهو فوق ذلك يعتبر عملا غير مشروع من المدلس يستوجب جزاءًا آخر هو إلزام المدلس بتعويض المدلس عليه عما لحقه من ضرر من جراء ذلك.

شروط التدليس:

١- إستعمال طرق إحتيالية، أى إستخدام وسائل مادية من شأنها أن تولد فى ذهن العاقد صورة تخالف الواقع، والوسائل التى تتكون

منها الحيل غير محدودة فكل ما يقع من أفعال وأقوال يترتب عليها وقوع الشخص فى غلط جوهرى يعد من الحيل التدليسية. وهذه الوسائل تختلف بحسب المتعاقد المدلس عليه، والمعيار هنا شخصى يتوقف على ظروف المتعاقد وسنه وجنسه ودرجة تعليمه. فالكذب بمفرده قد يكفى لتضليل شخص معين فيعتبر طريقة إحتيالية بالنسبة له، بينما يجب لتضليل شخص آخر إستعمال وسائل تضليل بارعة، بل أن مجرد السكوت أى كتمان وقائع معينة قد يعتبر وسيلة تضليل كافية.

وينبغى وجود نية التضليل، فان لم يكن القصد من الحيل أو الكلام هو التضليل لم يكن الغلط الناشئ عنها عائبا لرضاء من يتأثر بها، فالبائع فى الطريق يطرى بضائعه عادة بوصفها بانها أفضل السلع ترويجًا لها ومع هذا لا يعتبر ذلك تدليسًا.

٢- صدور التدليس من العاقد الآخر أو علمه به على الاقل. فلا يشترط صدور التدليس من المتعاقد الآخر بل يكفى أن يكون داخلا فى منطقة العقد بان يكون الطرف الآخر على علم به أو من السهل عليه تبينه، ولو كان الذى يقوم به شخص آخر غيره.

٣- يكون التدليس دافعًا إلى التعاقد، أى أن تكون الحيل المستعملة هي التي دفعت الشخص لإبرام العقد، أى من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد. ومعيار الجسامة هنا شخصى يخضع لتقدير القاضى الذى يراعى فيه ظروف المدلس عليه. مثال ذلك أن يتفق من يعرض شيئا فى مزاد علنى مع شخص آخر على أن يتقدم فى هذا المزاد بعطاءات وهمية ليحمل المزايدين الحقيقيين على رفع عطاءاتهم. أو تقدم مستندات وهمية لاقناع المشتري بشراء العقار.

ثالثاً: الاكراه

تعريف الاكراه:

هو الضغط المادى أو الادبى المولد فى نفس الشخص رهبة تدفعه إلى التعاقد. فإرادة المكره تعوزها الحرية. والذى يعتد به فى حالة الاكراه ليس هو الافعال أو الوسائل المستعملة بل الحالة النفسية التى أدت إليها وهى الرهبة الدافعة إلى التعاقد. فالمكره هنا تكون لديه الارادة ولكنها معيبة تحت تأثير الخوف والرهبة.

والاكراه السابق يختلف عن الاكراه المادى الذى يصل استعمال وسائل العنف فيه إلى درجة تعدم الارادة كمن يمسك بيد آخر ويجبره على التوقيع على سند معين، فهنا لا نكون بصدد عيب فى الارادة بل انعدام لها وبالتالى انعدام التصرف لعدم وجود الرضاء.

شروط الاكراه:

يشترط ئلاكراه العائب للرضاء والذى يجعل العقد قابلا للابطال شرطان:

١- استعمال وسائل لاكراه الارادة بحيث يتحقق معنى الاكراه أى توجد أسباب مؤدية إلى الرهبة. وتتحقق تلك الأسباب بالتهديد بخطر جسيم محدق بالنفس أو بالجسم أو بالشرف أو بالمال. ويشترط أن يكون الهدف من الاكراه غير مشروع وأن تكون الوسائل المستعملة فى الاكراه غير مشروعة، كالتهديد بالقتل أو التعذيب أو السب. أما إذا هدد الدائن مدينه بشهر افلاسه إذا لم يسدد الدين فان ذلك لا يعد اكراها لمشروعية الغرض.

ولا يشترط أن يكون الخطر محدقا بالمكره نفسه بل قد يكون محدقا بشخص عزيز كابنه أو والده أو زوجته أو التشهير بالأسرة أو اتلاف الأموال.

ويشترط أن يدخل الاكراه منطقة العقد أى أن يصدر من المتعاقد الآخر أو من شخص آخر ولكن المتعاقد يكون على علم بذلك أو من السهل عليه تبين هذا. ويتحقق الاكراه في حالة الضرورة أو إستغلال لظروف غير ارادية مثل الجراح الذى يحصل على تعهد من المريض بدفع مبلغ باهظ مقابل انقاذه من المرض الخطير الذى يلم به.

٢- كون الرهبة الناتجة عن الاكراه هى الدافعة إلى التعاقد، اذ لا يكفى أن يولد الاكراه للرهبة بل ينبغى أن تكون هذه الرهبة هى التى حملت الشخص على التعاقد حتى يعتبر رضاه بالعقد مشوبا بعيب يبطله.

ويرجع فى تقدير كون الرهبة باعثة على التعاقد من عدمه الى الظروف الخاصة بالشخص المكره، فيختلف الرجل عن المرأة ويختلف الشاب القوى عن العجوز الهرم والمتعلم عن الجاهل. ويعتد كذلك بمسائل الشوكة والنفوذ الادبى القوي كاجبار الاب ابنته على الزواج.

رابعاً: الاستغلال

الغبن والاستغلال:

الغبن هو عدم التعادل بين التزامات كل من طرفي العقد، أى اختلال التوازن بين قيمة ما يلتزم به كل من المتعاقدين، كبيع الشيء بثمن بخس. ومن حيث المبدأ فان مجرد عدم التكافؤ المادى بين الالتزامات يعتبر غير كاف للمساس بالعقد، فالغبن لا يعتد به إلا فى حالة بيع عقار القاصر اذا تجاوز الغبن فيه خمس قيمة العقار.

أما الاستغلال، فينظر فيه بالاضافة إلى العنصر المادى الموجود فى الغبن، الى الجانب النفسى، اذ لا يكفى لتحقيق الاستغلال مجرد إختلال التوازن بين الالتزامات المتبادلة بل يلزم فضلا عن ذلك أن يستغل أحد

الطرفين حالة ضعف معينة فى الطرف الآخر. اذ يفترض فى الطرف المغبون توافر عيب يؤثر فى سلامة تقديره للامور كطيش أو هوى، وفى الطرف الغابن قصد إستغلال ذلك العيب للحصول على مزايا تفوق كثيرا قيمة ما يعطيه للطرف المغبون.

ولذلك جعل المشرع الاستغلال عيبًا فى الرضاء يبطل العقد فى جميع الحالات متى توافرت شروطه، عكس الحال فى الغبن الذى لا يكفى بذاته لابطال العقد إلا فى حالة واحدة نص عليها القانون، كما رأينا.

شروط الاستغلال:

١- العنصر الموضوعى (اختلال التعادل أو انعدام المقابل)، أى أن تكون التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد. والمقصود بذلك إختلال التعادل إختلالا فادحا وشاذا عن المألوف. وهذا أمر يترك لتقدير القاضى على أساس القيمة يوم العقد، ولا عبرة بما يطرأ من تغير بعد ذلك أثناء التنفيذ أو تغير الظروف الاقتصادية.

٢- العنصر النفسى، ويتحقق اذا إستغل أحد الطرفين الطيش البين أو الهوى الجامح لدى الطرف الآخر حتى يحصل على عدم التوازن فى قيمة الالتزامات. ومثال ذلك إستغلال المرابين للطيش البين لدى شاب وارث لشراء أشياء منه بأثمان قليلة، وكذلك إستغلال شابة حسناء للهوى الجامح لدى رجل عجوز فتستكبه عقودا لمصلحتها. والتحقق من الاستغلال يعد من وسائل الواقع التى تخضع لسلطة القاضى.

٣- أن يكون ابرام العقد نتيجة لهذا الاستغلال، أى أنه ما كان ليبرم العقد لولا ما وجد به من طيش بيّن أو هوى جامح وما بذله المتعاقد الآخر لاستغلاله.

جزاء الاستغلال:

اذا كان الجزاء فى حالات عيوب الرضا السابقة (الغلط، التدليس، الاكراه) هو ابطال العقد، فان الامر يختلف قليلا فى حالة الاستغلال. اذ يجوز للطرف المغبون أن يطلب إما إبطال العقد وإما إنقاص التزاماته، على أن يرفع دعواه فى ظرف سنة من وقت إبرام العقد وإلا سقط حقه فى ذلك. فقد اعطى المشرع القاضى سلطة تقديريه، حيث يملك أن يحكم بانقاص التزامات المتعاقد المغبون أو إبطال العقد، فيمكن للقاضى أن يرفض طلب الابطال ويعدل العقد بالطريقة التى تعيد التوازن اليه من جديد، وخاصة اذ عرض المستغل ما يكفي لرفع الغبن.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة. وذلك بخلاف عيوب الإرادة الأخرى (ثلاث سنوات).

الفرع الرابع

جزاء شروط الانعقاد والصحة

البطلان المطلق والبطلان النسبى:

فى حالة تخلف أحد الشروط التى تلزم لقيام العقد أى إذا تخلف أحد أركانه كان الجزاء هو البطلان. والبطلان هنا مطلق. فالبطلان المطلق هو الجزاء على تخلف ركن من أركان العقد (الرضا، المحل، السبب) أو تخلف شرط من شروط هذه الاركان.

أما اذا تخلف شرط من شروط الصحة، كما اذا كان هناك عيب فى الرضى (غلط، تدليس، اكراه، استغلال) أو نقص فى أهلية المتعاقدين، فإن العقد يكون قابلاً للبطلان (بطلان نسبى).

ويختلف البطلان عن الفسخ الذى يعد جزاءاً على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد الذى إنعقد ونشأ صحيحًا، وهو لا يتصور إلا فى العقود الملزمة للجانبين.

فترد أسباب البطلان المطلق إلى تخلف ركن من أركان العقد كعدم توافر الاهلية إطلاقًا بفقدان التمييز وانعدام الإرادة تفريعا على ذلك أو كانتفاء الرضا أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكما. وغنى عن البيان ان تخلف ركن من اركان العقد، فى حكم الواقع وحكم القانون، يحول دون انعقاده أو وجوده. وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق. أما البطلان النسبى فهو يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه ولكن ركنًا من أركانه هو الرضاء يفسد بسبب عيب يداخله، أو بسبب نقص أهلية أحد العاقدين. ولذلك يكون العقد قابلا للبطلان بمعنى أنه يبطل اذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته، وهو من داخل رضائه العيب أو من لم تكتمل أهليته. ومن الجلى أن قابلية العقد للبطلان إنما تمثل العقد فى مرحلتين متتابعتين: الأولى مرحلة الصحة وينتج فيها العقد جميع آثاره، والثانية مرحلة البطلان ويعبتر العقد فيها باطلا لا حكم له من وقت نشوئه. فليست ثمة مراحل ثلاث، الصحة وقابلية البطلان والبطلان، وانما توجد مرحلتان، الصحة والبطلان. وقد يقرر البطلان المطلق أو النسبى بمقتضى نص خاص فى القانون.

أهمية التفرقة بين نوعى البطلان:

١- يمكن التمسك بالبطلان المطلق من كل ذى مصلحة، أى لكل شخص يكسب حقا تؤثر فيه صحة التصرف أو بطلانه، كما يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، اما البطلان النسبى فيتقرر بالنسبة لأشخاص معينين، وهم من تعيبت إرادتهم أو كانوا ناقصى الأهلية، ولا يكون لغير هؤلاء التمسك به، فليس للطرف الآخر فى العقد أن يتمسك بالبطلان.

٢- لا يمكن أن يزول البطلان المطلق بالنزول عن حق التمسك به، أما البطلان النسبى فيقبل الاجازة التى ينقلب بها العقد الباطل عقداً صحيحًا. والاجازة عمل قانونى من جانب واحد تهدف الى إزالة العيب الذى يلحق العقد وذلك بالتنازل عن التمسك بالبطلان. ولكى تقع الاجازة صحيحة يلزم أن يزول العيب الذى يلحق بالعقد أى أن يكون سبب الابطال قد زال وينبغى أن يكون المجيز للعقد على بينة بوجود العيب فيه، والاجازة قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية تستفاد من أى موقف يدل على أن صاحب الحق فى دعوى الابطال قد تنازل عن حقه. ويترتب على الأجازة أن يصبح العقد صحيحًا منذ البداية لا من وقت حصول الأجازة.

٣- ليس للعقد الباطل بطلانا مطلقا وجود قانونى ويظل كذلك مهما طال عليه الأمد لأن مضى الزمن لا يمكن أن يحيل العدم وجوداً. ولكن تسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد. فعدم سماع دعوى البطلان قرر لاستقرار التعامل، فاذا نفذ البيع الباطل مثلا ثم أراد البائع أن يتمسك بالبطلان ليسترد المبيع أو المشترى ليسترد الثمن لم تسمع دعواه اذا رفعت بعد ١٥ سنة من تاريخ العقد.

اما فى حالة البطلان النسبى فان الحق فى طلب ابطال العقد يسقط اذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الاهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب، وفى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه، وفى حالة الاكراه من يوم إنقطاعه. واذا انقضت تلك المدة سقط الحق فى التمسك بابطال العقد ويصبح نهائيا وتتأيد آثاره كاملة منذ إنعقاده.

آثار البطلان:

العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يرتب أية آثار، أما عن العقد الباطل بطلانا نسبيا فانه يرتب آثاره إلى ان يقضى ببطلانه، فاذا ما قضى ببطلانه، إنسحب البطلان الى الماضى وزال ما رتبه من آثار. وفى هذا الصدد يستوى البطلان المطلق والبطلان النسبى.

والقاعدة العامة فى آثار البطلان ان العقد الباطل يزول بالنسبة للمستقبل وبالنسبة للماضى، فهو لا ينتج آثاره منذ يوم صدور الحكم فحسب بل يعتبر العقد كأن لم يكن وتزول كافة آثاره بأثر رجعى، ويعود الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، لا بالنسبة للمتعاقدين فحسب بل وايضا بالنسبة للغير الذين اكتسبوا حقوقا من احد طرفى العقد. ولكن تقرير الأثر الرجعى للبطلان واعادة الحال الى ما كان عليه يصادف بعض العقبات من الناحية العملية، ذلك ان العقد يكون قد وجد فى الواقع وأنتج عدة آثار مما يصعب ازالتها. لهذا حاول المشرع التغلب على تلك الصعاب والعقبات من خلال وضع عدة حلول واستثناءات على القاعدة السابقة نعرض لها:.

انتقاص العقد:

اذا كان العقد باطلا فى شق منه فهذا الشق وحده هو الذى يبطل، ويظل الجزء الباقى صحيحًا باعتباره عقدا مستقلا. فقد يكون العقد هبة اقترن بشرط غير مشروع فهنا يبطل الشرط وتظل الهبة صحيحة.

اما اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا، اى أن هذا الشق يعتبر جزءًا رئيسيًا لا يوجد العقد بدونه، فان العقد يبطل كله.

تحول العقد:

قد يوجد بين حطام العقد الباطل عناصر تكفى لتكوين عقد آخر، فتجمع هذه العناصر ويؤلف منها هذا العقد الذى يرتب آثاره القانونية، ولكن هذه الآثار ليست هى الآثار الاصلية للعقد الذى قصد الطرفان إبرامه، بل تعتبر آثاراً عرضية بالنسبة اليه، وهى تنتج عن طريق تحول العقد الباطل الى عقد آخر صحيح.

مثال ذلك اذا لم تستوف الكمبيالة الشروط الشكلية اللازمة فانها تكون باطلة باعتبارها كمبيالة ولكنها تتحول الى سند اذنى متى توافرت شروطه، والا تحولت الى سند عادى متى وجد التوقيع.

وامر تحويل العقد أو إنقلابه لا يرجع الى مجرد تفسير لارادة المتعاقدين، بل الواقع ان القاضى يضع نفسه محلهما، ويبدلهما من عقدهما القديم عقدا جديدا يقيمه لهما ويشترط لاعمال أحكام التحويل أن يكون العقد الاصيل باطلا أو قابلا للبطلان. فاذا كان صحيحا فلا يملك القاضى بوجه من الوجوه ان يحل محله عقداً آخر قد يؤثره المتعاقدان لو فصل لهما امره. ويشترط كذلك ان تكون عناصر العقد الجديد الذى يقيمه القاضى قد توافرت جميعا فى العقد الاصيل الذى قام به سبب من أسباب البطلان، فلا يملك القاضى على اى تقدير ان يلتمس عناصر انشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الاصيل. ويشترط اخيرا ان يوم الدليل على ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى الارتباط بالعقد الجديد لو انهما تبينا ما بالعقد الاصيل من اسباب البطلان. ويستخلص مما تقدم ان سلطة القاضى فى نطاق التحويل ليست سلطة تحكمية، فاذا كان يتولى عن العاقدين إنشاء التعاقد، الا انه يسترشد فى ذلك بارداتهما بالذات. وليست الشروط الثلاثة المتقدمة سوى قيود قصد بها ان تحد من اطلاق تقدير القاضى على نحو يتيح تقريب الشقة ما امكن بين نية المتعاقدين المفترضة ونيتهما الحقيقة.

استثناءات من اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد:

اذا كانت القاعدة هى اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد، الا انه يصعب تطبيق ذلك فى بعض الحالات وبصفة خاصة اذا كان قد تم تنفيذ العقد كله أو بعضه، وتتمثل في:

١- استحالة اعادة الوضع الى ما كان عليه فى العقود الزمنية وذلك بسبب طبيعة الالتزامات التى تترتب على تلك العقود، فهى التزامات ممتدة وما تم تنفيذه لا يمكن محوه أو استرداده، مثل عقد العمل، فاذا ما أبطل لا يمكن استرداد العمل الذى تم ويتعين على رب العمل دفع قيمة هذا العمل.

٢- اذا ما تقرر ابطال شركة فان البطلان لا يمكن أن يزيل الوجود الفعلى للشركة بين فترة التأسيس والقضاء بالبطلان، وتسمى الشركة فى تلك الفترة بالشركة الفعلية أو الواقعية، أما بالنسبة للمستقبل فان الشركة تتوقف وتعتبر كأن لم تكن.

٣- رغم الحكم بالبطلان وما له من أثر رجعى بين المتعاقدين وبالنسبة للغير، إلا ان القانون يقرر حماية الغير حسن النية ومن ثم فانه يبقى بعض الآثار التى أنتجها العقد فى الماضى بالنسبة للغير حسن النية، فمثلا لا يجوز الاحتجاج باسباب البطلان التى تلحق الورقة التجارية قبل حامل الورقة حسن النية، إذ يجب حمايته بالزام موقع السند بدفع قيمته طالما كان فى الشكل القانونى دون عيب ظاهر.

المطلب الثانى
آثار العقد

اذا تم ابرام العقد وفقا لاحكام القانون، ترتبت عليه جميع آثاره، فتنشأ فى ذمة المتعاقدين الحقوق والالتزامات التى اتجهت ارادتهما اليها، وتصبح احكام العقد بمثابة القانون الذى يحكم علاقة طرفيه أى أن العقد يصبح شريعة المتعاقدين.

ولا ينحصر أثر العقد فى أطرافه بل يمتد الى من تربطهم صلة بالمتعاقدين مثل الخلف العام والخلف الخاص والدائنين.

وإخلال أى من الاطراف بالتزاماته الناشئة عن العقد يجعله مسئولا أمام الطرف الآخر مسئولية عقدية، لذا يتعين تحديد مضمون العقد عن طريق التفسير حتى يمكن التعرف على حقوق والتزامات كل من الطرفين.

الفرع الأول
القوة الملزمة للعقد

العقد شريعة المتعاقدين:

تصبح احكام العقد منذ تمامه القواعد المنظمة لعلاقة طرفيه، فلا يستطيع أى من العاقدين أن يتنصل مما إلتزم به ولا أن يغير أو يبدل فى أحكام العقد بارادته المنفردة، بل يجب على كل منهما أن ينفذ ما إلتزم به فى العقد.

والعقد لا يلزم العاقدين فحسب بل يلزم القاضى أيضًا بتطبيق أحكامه، فيجب على القاضى أن يحترم اتفاق المتعاقدين ويمتنع عليه أن يغير أو يبدل فيه.

ويجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع حسن النية، فعامل النقل يلتزم بتوصيل البضاعة من أقصر الطرق وبانسب الوسائل، ويلتزم الطبيب بعلاج المريض بأنجح أسلوب وأقل كلفة.

إلا أن هناك استثناءات على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فاحياناً يتدخل المشرع لينظم احكام بعض العقود تحقيقاً للعدالة ولاهداف اجتماعية و اقتصادية مثل تحديد أجرة الأماكن والاراضى الزراعية.

ويحق للقاضى فى بعض الحالات التدخل لتعديل أحكام العقد تحقيقاً للعدل بين الطرفين، مثل سلطة منح المدين نظرة ميسرة، وحقه فى تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة.

نظرية الظروف الطارئة:

بالنسبة للعقود المتراخية فى التنفيذ، أى التى يمتد تنفيذها فى الزمان، كعقد التوريد، اذا طرأت ظروف إستثنائية غير متوقعة تجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمدين ومهدداً بخسارة فادحة، فان القاضى يمكن أن يتدخل، طبقاً للظروف ومع الموازنة بين مصلحة الطرفين، ليعدل الالتزامات المترتبة على هذا العقد بما يرفع الارهاق ق ويحول دون الخسارة الفادحة. فاذا اتفق فى عقد توريد سلعة لمدة سنة على سعر معين ثم وقعت حادثة إستثنائية غير متوقعة وقت العقد مثل الحرب التى رفعت السعر رفعاً فاحشاً، وجب إعادة النظر فى السعر المتفق عليه وتعديله بما يمنع الخسارة الفادحة التى تلحق المتعهد بالتوريد.

ويشترط لتعديل العقد بسبب الحوادث الطارئة:

- ان نكون بصدد عقد متراخى التنفيذ أو من عقود المدة.
- يلزم ان نكون بصدد حادث استثنائى عام، أى لا يقتصر على المدين وحده كمرضه، وذلك كالحروب والزلازل.

- لا بد أن يكون الحادث غير متوقع وغير ممكن دفعه أو تفادية.
- ان يؤدى الحادث الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة بالنسبة للمتعاقد العادي.

فاذا توافرت تلك الشروط جاز للقاضى أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، فله سلطة تقرير واختيار الوسيلة التى تحقق هذا الهدف، مراعياً الظروف والملابسات، مع الموازنة بين مصلحة الطرفين.

الفرع الثانى

تحديد مضمون العقد وتفسيره

يحدد مضمون العقد مجموع العبارات التى يتألف منها، وهى العبارات التى تدل على إرادة المتعاقدين المشتركة، لذا كان من الضرورى لتحديد مضمون العقد تفهم العبارات التى عبر بها الطرفان عن ارادتيهما المتطابقتين وهذا ما يسمى بتفسير العقد.

وينبغى معرفة ما قصد الطرفان الى تحقيقه، حتى يمكن تحديد مضمون العقد والوقوف على الالتزامات التى يولدها، كى يتسنى تطبيقه.

تفسير العقد:

يجب الوصول الى قصد المتعاقدين فى ضوء ما وقع اتفاقهما عليه، أى يجب تحديد ما إنصرفت اليه النية المشتركة للمتعاقدين.

ولا يتم التفسير إلا متى كانت الارادة غامضة غير واضحة، فاذا كان التعبير واضحاً فان التفسير يبدو أمراً لا لزوم له. ولكن قد يكون التعبير الواضح مخالفاً لقصد المتعاقدين أو غير دال عليه بوضوح، ولا شك فى هذه الحالة أنه ينبغى الاعتداد بالمعنى الحقيقى واهمال التعبير

الظاهر الوارد فى العقد، ولو كان واضحاً محدداً. ولكن ينبغى إثبات العكس لانه لا يمكن تجنب التعبير الواضح المحدد و الاخذ بخلافه إلا اذا ثبت بصورة قاطعة ان هذا العكس هو الذى ينصرف اليه قصد المتعاقدين حقيقة.

وفى حالة وجود غموض أو التباس فى العقد، يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ودون الوقوف عند المعنى الحرفى للالفاظ. ومن اجل الوصول الى ذلك يستهدي القاضى بطبيعة التعامل أى بنوع العقد وطبيعته، وبما ينبغى أن يتوافر من ثقة وأمانة بين المتعاقدين. ويستهدى القاضى كذلك بالعرف الجارى فى المعاملات، وللعرف مجال واسع فى نطاق المعاملات التجارية وبالنسبة للعقود التى تبرم بين أصحاب المهن. وهناك قواعد أخرى فى القانون المقارن مثل الاعتداد بالظروف التى تصاحب إنعقاد العقد وتنفيذه، وحمل عبارات العقد على المعنى الذى يجعلها تنتج أثراً. وتفسير بنود العقد على ضوء البنود الاخرى.

أما اذا تعذر على المفسر التحديد بصورة مؤكدة لمقاصد الطرفين، نظراً لان عبارات العقد الغامضة تحتمل أكثر من معنى، أى أن الشك قام حول هذا المعنى، فان الشك ينبغى أن يفسر لمصلحة المدين، ومعنى هذا انه اذا تعذر تحديد مفهوم محدد للتعبير وجب أخذ معناه على الصورة الاكثر فائدة للمدين. فاذا قام الشك فى تحديد وسيلة النقل التى يستخدمها المدين لتسليم ما يلتزم بتسليمه كان للمدين أن يتخذ أخف الوسائل عبئا، ما دامت ملائمة لنوع الاشياء المنقولة.

واستثناء من قاعدة تفسير العقد لمصلحة المدين فانه فى عقود الاذعان ينبغى تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء أكان دائنا أو مدينا، وذلك لان هذا الطرف لا يكون له دخل فى وضع عبارات العقد، اذ غالبا ما تملى عليه من قبل الطرف الآخر.

تكييف العقد وتحديد نطاقه:

تكييف العقد هو تحديد الوصف القانونى له من خلال الآثار الأساسية التى اتجه طرفاه إلى تحقيقها، وهذا الوصف يرتبط بمقاصد المتعاقدين أى بالغايات العملية التى إتجه طرفا العقد الى تحقيقها بغض النظر عن التسمية التى يطلقها المتعاقدان على العقد فى جملته.

ويعد التكييف عملاً قانونيًا بحتًا، لا سلطة فيه لإرادة الطرفين، فهو حق للقاضى، يقوم به على ضوء تفسير مقاصد الطرفين، فقد يجد ان العقد بيع وإن سماه المتعاقدان ايجاراً وقد يجد أنه عقد شركة وإن سمياه قرضًا. وقد يكون العقد هبة ولو سُمي بيعًا.

وتبدو أهمية التكييف كوسيلة لتحديد مضمون العقد لأنه يضعه فى الاطار القانونى الذى يسمح ببيان آثاره فى جملتها.

لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ماهو من مسلتزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، اذ ان العقد يلزم طرفيه، ليس فحسب فى حدود ما اتفقا عليه، بل وأيضا فى حدود أخرى قد لا يتم الاتفاق عليها مباشرة.

فاذا سكت الطرفان على تحديد زمان الوفاء أو مكانه فان القانون يتولى هذا التحديد، وقد جرى العرف على أن بيع المحل التجارى يتضمن الزام البائع بتسليم الدفاتر والسجلات، والتزام العامل الذى يعرف أسرار صاحب العمل، بعدم افشاء هذه الاسرار ولو لم ينص عقد عمله على مثل هذا الالتزام.

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية ان القاضى يتولى أمر الفصل فى المسائل التفصلية التى أرجئ الاتفاق عليها ما لم يتراضى العاقدان بشأنها، وعلى هذا النحو يتسع نطاق مهمة القاضى، فلا يقتصر على تفسير إرادة العاقدين، بل يستكمل ما نقص منها، وإن ذلك لا يعدو

وأن يكون مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين. فاذا تعارض هذا التفسير مع ما أورده المتعاقدان، بان إشترطا صراحة أو ضمناً ان يكون العقد باطلاً عند عدم الاتفاق على المسائل التى إحتفظا بها، وجب احترام هذه الارادة، ولا يتم العقد ما لم يحصل الاتفاق على تلك المسائل ولو كانت تفصيلية لأن الطرفان إشترطا ذلك.

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا اتفق طرفا العقد على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم واذا قام بينهما خلاف على المسائل التى أرجئ الاتفاق عليها كان لهما أن يلجأ الى المحكمة للفصل فيه.

الفرع الثالث

آثار العقد بالنسبة للاشخاص

الاصل هو ان الحقوق والالتزامات التى تترتب على العقد إنما تنشأ فى ذمة العاقدين دون سواهما، فالعقد لا يفيد ولا يضر أحداً غير طرفيه، أي أن آثار العقد تنصرف بالضرورة إلى أطرافه.

الا ان العقد ينصرف من بعد العاقد الى ورثته أى خلفه العام. ويمثل العاقد أيضاً خلفه الخاص فى بعض الاحوال، فتنصرف الى هذا الخلف آثار عقود سلفه بشروط معينة.

فالاصل أن آثار العقد مقصورة على عاقديه ومن يمثلانهم من خلف عام أو خاص، وما عدا هؤلاء فيعتبر من الغير الذى لا تنصرف اليه آثار العقد الا فى حدود استثنائية.

من البديهى أن العقد بمجرد إنعقاده يرتب حقوقاً والتزامات فى ذمة كل من طرفيه، فيصير كل منهما دائناً أو مديناً بما اشترط أو تعهد به.

والمتعاقد هو كل شخص إشترك فى إبرام عقد من العقود بنفسه أو بمن ينوب عنه، ويدخل فى معنى المتعاقد كذلك كل من الخلف العام والخلف الخاص لهذا المتعاقد، الا ان انصراف اثر العقد، خصوصاً بالنسبة للالتزامات، الى الخلف لا يكون الا فى حدود وبشروط معينة.

أثر العقد بالنسبة للخلف العام:

الخلف العام هو من يخلف المتعاقد فى ذمته المالية أو فى جزء منها باعتبارها مجموعا من المال كالوارث والموصى له بنصيب فى التركة كالثلث أو الربع.

ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون، ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام.

أى أن ما يبرمه المورث من عقود ينصرف أثره الى ورثته، فالذمة تنتقل، بما تشمله من حقوق والتزامات، الى الخلف العام. وعلى ذلك فانصراف أثر عقد يبرمه شخص الى خلفه العام بعد وفاته يعنى إمكان انتقال الحقوق الناشئة من هذا العقد إلى هذا الخلف، وكذا مطالبة الخلف العام بالالتزاماته المترتبة على العقود التي أبرمها السلف (المورث)، ولكن فى حدود ما آل اليه من أموال التركة.

الا ان هناك حالات لا تنصرف فيها آثار العقد الى الخلف العام:

١- اذا كانت ديون التركة تزيد على حقوقها فان الوارث لا تنصرف اليه الالتزامات التى عقدها المورث الا فى حدود ما آل الى هذا الوارث من حقوق التركة.

٢- اذا وجد اتفاق بين العاقدين على ألا ينصرف أثر عقدهما الى ورثة أى منهما، كالاتفاق على توريد سلعة، على أن ينتهى التزام المورد بوفاته أو بوفاة الطرف الاخر.

٣- اذا كانت طبيعة العقد أو التعامل ذاتها تقتضى عدم إنصراف الآثار إلى الورثة، كما لو كان عقد مرتب لمدى حياة شخص، فمضمون الاتفاق نفسه يعنى إنقضاءه بمجرد وفاة مستحق المرتب وعدم إنتقاله الى الورثة. وكذلك عندما يكون شخص المتعاقد هو محل الاعتبار فى العقد، كالتعاقد مع فنان على رسم لوحة فنية أو مع مهندس على تصميم مشروع، فالالتزامات الناشئة عن هذه العقود لا تنتقل الى الخلف العام للفنان أو المهندس.

٤- اذا وجد نص فى القانون يقرر عدم إنصراف آثار العقد الى الخلف العام، وذلك مثل عقد الشركة الذى ينقضى بموت أحد الشركاء وعقد العمل الذى ينتهى بوفاة العامل.

أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص:

الخلف الخاص هو من يخلف السلف فى حق عينى على شيئ محدد أو فى ملكية مال معين، كالمشترى فهو خلف خاص للبائع، والموهوب له خلف خاص للواهب. والمستأجر ليس خلفاً خاصًا للمؤجر لان الاستخلاف يقتضى إنتقال حق من السلف الى الخلف، والمستأجر ليس إلا دائنًا للمؤجر بحق شخصى، هو حقه كمستأجر.

والامر هنا لا يتعلق بانصراف آثار جميع عقود السلف الى الخلف كما هو الحال بالنسبة للخلف العام. فاثار العقد الذى يبرمه السلف لا تنصرف الى الخلف الخاص متى كان العقد لا يمس الشيئ الذى إنتقل إلى هذا الخلف. أما العقود التى يبرمها السلف والتى تتصل بالشيئ الذى إنتقل بعد ذلك الى الخلف- كالمشترى- ترتب آثارها، من حقوق والتزامات بالنسبة لهذا الخلف بشروط معينة:

١- لا تنصرف الى الخلف الخاص الا آثار العقود التى تمس نفس الشيئ الذى إنتقل اليه، فاذا كان الخلف مشترياً فلا تنصرف اليه

إلا آثار العقود التى تتعلق بالمبيع الذى وقع فيه الاستخلاف.

٢- لا تنصرف الى الخلف الخاص الا آثار العقود التى أبرمها الخلف قبل التعاقد مع السلف وكانت ثابتة التاريخ فى هذا الوقت، كالبائع الذى يؤجر العقار الذى باعه بعد أن إنتقلت ملكيته الى المشترى، فلا ينفذ عقد الايجار فى حق المشترى.

٣- لا تنتقل الى الخلف الخاص سوى الحقوق والالتزامات التى تعتبر من مستلزمات الشيئ الذى تعلق به العقد. أى إذا كان مكملا له أو مما يعين على حسن الانتفاع به أو يحفظه ويقويه. فاذا كان السلف قد عقد تأميناً ضد الحريق على المنزل الذى إنتقلت ملكيته الى الخلف بالبيع فان عقد التأمين ينتقل الى المشترى باعتباره من مكملات البيع.

٤- يجب أن يكون الخلف عالمًا، وقت إنتقال الحق اليه، بالحق أو الالتزام المترتب على عقود السلف المتصلة بموضوع الاستخلاف.

أثر العقد بالنسبة للدائنين:

يتأثر الدائنون بعقود مدينهم عن طريق تأثير هذه العقود فى صافى أمواله التى لهم عليها حق ضمان عام. فالدائنون يعدون من الغير بالنسبة لاثار عقود مدينهم وتأثرهم بها هو تأثير غير مباشر، لأنه يتحقق من خلال ما يترتب عليها من ننتائج إقتصادية أى التأثير فى الذمة المالية للمدين (الضمان العام للدائنين).

ورغم عدم انصراف آثار عقود المدين الى الدائنين مباشرة فان القانون يعطى للدائنين فى بعض الاحوال الحق فى عدم الاعتداد بالتصرفات التى يبرمها إضراراً بهم ويعطيهم الحق فى الطعن فيها بدعوى عدم نفاذ التصرفات التى تسمى بالدعوى البوليصية.

أثر العقد بالنسبة للغير:

طبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد فان آثاره لا تنصرف الا الى أطرافه وخلفهم دون الغير الاجنبى عن العقد. وعلى هذا لا يترتب العقد التزاماً فى ذمة الغير، ولكن يجوز ان يكسبه حقاً.

فالغير أى الاجنبى عن العقد يمكن- على سبيل الاستثناء- أن يكتسب حقاً من العقد ويكون ذلك عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير. ولكن يجوز أن يرتب العقد التزاماً فى ذمة الغير ويظهر ذلك من خلال نظرية التعهد عن الغير.

الاشتراط لمصلحة الغير:

يتم الاشتراط لمصلحة الغير عندما يتعاقد شخص مع آخر، فيشترط أحدهما على الآخر إنشاء حق لشخص ثالث ليس طرفاً فى الاتفاق. أى هو اتفاق لمصلحة شخص من الغير ينشأ له بمقتضاه حق خاص به أى حق مباشر. ففى التأمين على الحياة مثلاً يشترط المستأمن على شركة التأمين أن تتعهد، مقابل الاقساط التى يدفعها، بدفع مبلغ معين لورثته عند وفاته. وقد يشترط البائع على المشترى أن يؤدى الثمن الى شخص آخر يتعامل معه.

وحتى يتحقق وجود الاشتراط لمصلحة الغير يلزم توافر شروط معينة:

١- يجب أن يتعاقد المشترط باسمه هو لا باسم المنتفع، أى باعتباره طرفاً أصيلاً ذا مصلحة فى العقد، فهويعمل لحساب نفسه مما يميزه عن النائب الذى يتعاقد باسم الاصيل لا باسمه هو.

ولا يشترط ان يكون المنتفع موجودا أو معينا وقت ابرام الاشتراط لمصلحة الغير، مادام سيوجد أو يعين عند نفاذ الاشتراط. كمن يؤمن على حياته لمصلحة اولاده قبل أن يوجد له أى ولد.

٢- يجب ان تكون للمشترط مصلحة شخصية أو أدبية، أى أن يبرم العقد المتضمن للاشتراط لغاية خاصة به يحرص على تحقيقها وان تكون تلك المصلحة مشروعة. فالاب الذى يبرم تأمينا على حياته لمصلحة اولاده انما يستهدف غاية ادبية.

٣- ينبغى أن تتجه ارادة المشترط والمتعهد الى إنشاء حق فى ذمة المنتفع مباشرة أى الى اكساب المنتفع حقاً بمجرد إتفاقهما على ذلك، ودون ان يمر هذا الحق بذمة أحد منهما. فاذا عقد شخص تأميناً على ما يحدث للغير من ضرر من سيارته فانه تنشأ لهذا الغير المضرور دعوى مباشرة ضدد شركة التأمين للمطالبة بحقه فى التعويض رغم إنه ليس طرفًا في عقد التأمين.

التعهد عن الغير :

التعهد عن الغير هو الحالة التى يتعاقد فيها شخص مع آخر على أن يتعهد شخصياً بان يحمل الغير على إبرام عقد معين، فهو اتفاق بمقتضاه يتعهد شخص بعمل هو ان يحمل شخصاً آخر على قبول التزام معين. مثال ذلك حالة الوكيل الذى يتجاوز حدود الوكالة ويتعهد شخصياً بان يجعل الموكل يقر الاتفاق الخارج عن حدود التوكيل.

والتعهد عن الغير لا يلزم الغير، فالمتعهد يلتزم شخصياً بالعقد الذى يبرمه، فهو ليس وكيلاً للغير أو نائبًا عنه ولا سلطة له فى إلزام الغير ولكنه يلتزم بان يحصل عاى رضاء هذا الغير بالعقد. فمحل التزام المتعهد هو دائماً التزام بعمل هو أن يحمل الغير على قبول التزام معين.

والتعهد عن الغير لا يرتب إلتزاما في ذمة الغير الذى يظل حراً فى أن يقبل العقد الذى تم التعهد به عنه أو أن يرفضه.

١- فاذا قبل الغير الارتباط بالتعهد الذى عقده عنه المتعهد الاصلى

فانه يصبح ملتزماً بالعقد بناء على هذا الرضاء الصادر منه، ومنذ هذا القبول والاقرار. وتنشأ رابطة عقدية جديدة بين المتعاقد مع المتعهد وبين الغير الذى أقر التعهد و قبل العقد المعروض، وهو إتفاق جديد غير الاتفاق بين المتعهد والمتعهد له.

ويرتب هذا الاتفاق أثره من وقت القبول أو الاقرار لا من وقت التعهد، أى أن إقرار الغير للتعهد وقبوله للعقد المتعهد به ليس له أثر رجعى. ولكن ليس هناك ما يمنع الاتفاق صراحة أو ضمناً على الاثر الرجعى للاتفاق.

٢- اما اذا رفض الغير التعهد، فلا مسئولية عليه لأنه لم يلتزم بشيئ، ولم يتدخل فى العقد. وتقع المسئولية على عاتق المتعهد الذى يعتبر مخلاً بالتزامه بمجرد رفض الغير قبول العقد. وجزاء المسئولية هنا هو تعويض المتعهد له عن الأضرار التى لحقته من جراء ذلك. ومع ذلك يجوز للمتعهد ان يتفادى الحكم عليه بالتعويض إذا قام هو بتفيذ الالتزام الذى رفضه الغير.

الفرع الرابع

جزاء الاخلال بالزام العقد

(المسئولية العقدية)

تقتضى القوة الملزمة للعقد قيام أطرافه بتنفيذ ما قد يقع على عاتقهم من التزامات. فان عدل أى من الطرفين عن تنفيذ التزاماته أو تأخر فى تنفيذها كان من الممكن إجباره على ذلك عن طريق تحريك المسئولية العقدية.

واجبار المتعاقد على التنفيذ العينى أى بالقيام بتنفيذ نفس الاداء الذى التزم به لا يتصور الا اذا كان هذا التنفيذ ممكناً، أما إذا إستحال

هذا التنفيذ عيناً، فان يلتزم بمقابل ما كان يجب عليه تنفيذه وذلك بتعويض الدائن عن كل ضرر يلحقه من عدم التنفيذ، فيكون تنفيذ الالتزام العقدى تنفيذاً بمقابل هو التعويض.

فالمسئولية العقدية هى إذن جزاء الاخلال بالالتزام العقدى، أيا كانت صورة هذا الاخلال. وأركان تلك المسئولية هى الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

الخطأ العقدى:

يتمثل الخطأ العقدى فى مجرد عدم الوفاء بالالتزام الناشئ عن العقد، سواء أكان عدم التنفيذ بالامتناع أصلاً عن القيام بما يوجبه العقد أو كان بتنفيذ غير مطابق لما تم الاتفاق عليه أو بالتأخير فى التنفيذ.

ويتحقق الخطأ أياً كان السبب فى عدم التنفيذ، سواء رجع ذلك الى غش المدين أو اهماله، أو الى فعله المجرد من الاهمال. أما إذا كان عدم التنفيذ راجعًا إلى أسباب خارجة عن ارادة المدين (قوة قاهرة أو سبب أجنبى) فانه لا يكون مسئولاً.

وعدم تنفيذ المدين لالتزامه يتوقف على نوع هذا الالتزام، وهل هو التزام بتحقيق نتيجة، أما التزام ببذل عناية فقط .

فالالتزام بتحقيق نتيجة يكون فيه المدين ملزماً بتحقيق نتيجة معينة بقطع النظر عن الوسائل التى تؤدى الى هذه النتيجة، مثل التزام المقاول باقامة مبنى معين، والالتزام بتوريد كمية معينة من القمح.

أما الالتزام ببذل عناية فيتمثل فى التزام المدين ببذل جهد معين فى سبيل تحقيق نتيجة محددة. فالواجب الملقى على عاتق المدين هو بذل العناية فى تنفيذ التزامه دون أن يكون مطالباً بادراك النتيجة. مثال ذلك إلتزام الطبيب بمعالجة المريض، فالطبيب يلتزم ببذل العناية اللازمة

لعلاج المريض ولكنه لا يلتزم بتحقيق النتيجة أى شفاء المريض فعلاً.

والعناية المطلوب بذلها هى عناية الرجل العادى ما لم ينص القانون أو الاتفاق على ضرورة بذل درجة أكبر من العناية.

ويتحقق الاخلال بالالتزام بنتيجة بعدم تحقق النتيجة ولو بذل الملتزم كل جهده، أما لو كان موضوع الالتزام هو بذل جهد معين فان عدم التنفيذ يتمثل فى عدم بذل الجهد بالمقدار المتفق عليه أو الذى يسلتزمه القانون. فاذا بذل المتعاقد الجهد المعقول، فانه يكون قد نفذ التزامه ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة. فعدم بناء المقاول للمبنى المتفق عليه يعد إخلالاً بالتزامه. ويعد كذلك عدم بذل الطبيب العناية المعتادة فى علاج المريض. وعدم بذل المحامي العناية المطلوبة في القضية.

ويمكن للدائن فى الالتزام بنتيجة، الناشئ عن العقد، ان يثبت خطأ المدين الملتزم بمجرد إثبات عدم تحقق النتيجة المتفق عليها، أما بالنسبة للالتزام ببذل عناية فخطأ المدين لا يثبت الا إذا أقام الدائن الدليل على عدم بذل المدين الجهد والعناية المتفق عليهما، وهذا الاثبات يعتبر أكثر صعوبة من إثبات عدم تحقق النتيجة.

الضـــرر:

يلزم لقيام المسئولية العقدية- الى جانب توافر الخطأ- أن يترتب على عدم التنفيذ ضرر للدائن، فهو لا يحق له أن يشكو من عدم وفاء المدين بالتزامه الا اذا كان ذلك قد سبب له ضرراً معيناً، أى أنه الحق به خسارة أو فوت عليه ربح. ولان المسئولية ترتب الالتزام بالتعويض، فان التعويض يقتضى وقوع الضرر ويتم تحديده بقدر الضرر لا يزيد عنه ولا ينقص.

والضرر إما أن يكون مادياً وإما أن يكون أدبياً، ويتمثل فى الأذى

الذى يصيب الشخص فى حق من حقوقه أو فى مصلحة مشروعة. وإذا كان الضرر المادى يمكن تقويمه بالنقود مثل الضرر الذى يصيب صاحب البضاعة من جراء عدم وصولها نتيجة عقد النقل، فان الضرر الادبى يتمثل فى الألم الذى يصيب الشخص لسبب يمس عاطفته أو شعوره أو كرامته ومثال ذلك الطبيب الذى يذيع أسراراً عن مريضه مما يسبب له ضرراً فى سمعته. ومثل ذلك الوكيل الذى يذيع أسراراً عن موكله.

ويشترط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر حالاً أو محقق الوقوع ولو كان مستقبلاً، أما إذا كان إحتمالياً فلا يستحق عنه التعويض الا بحدوثه فعلاً، والضرر الحال هو الذى وقع فعلاً. وقد لا يكون الضرر حالاً بل مستقبلاً، ولكنه مع ذلك محقق الوقوع. وفى هذه الحالة يتوافر ركن الضرر. وقد يكون الضرر المستقبل محقق الوقوع فى وجوده، ولكنه غير محدد فى مقداره، كمن يصاب فى حادث أثناء تنفيذ عقد نقل ولا يعرف وقت الاصابة الآثار النهائية لهذا الحادث. فهنا يثبت للمصاب الحق فى التعويض ولكنه يقدر عند تقدير الضرر بصفة نهائية. أما إذا كان الضرر إحتمالياً فانه لا يرتب مسئولية الا عند وقوعه فعلاً.

واذا كان التعويض فى المسئولية التقصيرية يستحق عن كل ضرر ترتب على الفعل الضار (ضرر مباشر)، سواء أكان هذا الضرر يتوقع حدوثه أم لا، فانه فى المسئولية العقدية، لا يكون التعويض الا عن الضرر الذى يتوقع حدوثه من تقصير المتعاقد، أى التقصير الذى يعد إهمالاً غير مقصود، اما فى الحالات العمد والخطأ الجسيم فان تقدير الضرر الواجب التعويض لا يقف عند الضرر المتوقع بل يمتد ليشمل الضرر غير المتوقع ما دام مباشرا.

والضرر المتوقع الذى يسأل عنه المدين، هو ما كان متوقعاً فى سببه وفى مقداره. ويرجع فى تقدير ذلك الى معيار موضوعى أى بالنظر الى شخص معتاد فى مثل الظروف التى تم فيها الاتفاق.

علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

لا يكفى أن يقع خطأ من المتعاقد، وأن يلحق ضرراً بالدائن، بل يجب أن يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ المدين لالتزاماته، أى أن توجد بين الخطأ والضرر رابطة سببية مباشرة والا إنتفت المسئولية.

وطبقاً للقانون فان رابطة السببية مفترضة بين الخطأ والضرر، فمجرد حدوث الضرر للمتعاقد يفترض فيه أنه ناتج عن خطأ المدين، أى أن الدائن المضرور لا يلزم باثبات علاقة السببية، بل على المدين أن يقوم بنفى السببية بين الخطأ والضرر، ويمكن نفى علاقة السببية باثبات ان الضرر راجع الى سبب اجنبى كقوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ الدائن نفسه. وذلك كما هو الحال عند التزام تاجر بتوريد سلعة معينة، ثم يصدر قرار من الحكومة بمنع إستيراد هذه السلعة. فهنا يترتب على عدم التوريد الحاق الضرر بالدائن ويفترض ان هذا الضرر ناتج عن الخطأ (عدم التوريد)، ولكن المورد لا يكون مسئول لان السببية منتفية بحدوث سبب أجنبى عنه الا وهو قرار الحكومة.

تعديل احكام المسئولية العقدية:

القواعد السابقة تعد هى الاصل العام فى المسئولية العقدية ولكن يجوز لاطراف العقد التعديل فى هذه القواعد.يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم.ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه، ويقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع.

فهذا النص يجيز الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية العقدية، بينما يعد هذا الاتفاق باطلاً فى حالات المسئولية التقصيرية لتعلقها بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على تعديلها.

اذ يجوز الاتفاق على تشديد المسئولية العقدية على إعتبار المتعاقد مسئولاً عن عدم تنفيذ التزامه ولو كان راجعاً الى سبب لا يد له فيه اى كان ناتجا عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة.

ويمكن الاتفاق كذلك على الاعفاء من المسئولية العقدية أى عدم أحقية الدائن في الرجوع على المتعاقد المخطئ بطلب التعويض بشرط الا يكون عدم التنفيذ عمداً من جانبه، أو بسبب خطأه الجسيم. ولكن يمكن الاعفاء من المسئولية إذا كان العمد أو الخطأ الجسيم قد وقع من غير المتعاقد نفسه أى ممن يستخدمهم فى تنفيذ العقد.

ويسمح القانون للمتعاقدين بأن يحددوا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق. وهذا الاتفاق على تقدير التعويض مقدما يسمى الشرط الجزائى، وهو تقدير جزافى للتعويض لا يراعى فيه مقدار الضرر، إلا أن استحقاق هذا التعويض منوط بتوافر شروط المسئولية العقدية، ويستطيع القاضي إنقاصه عند المبالغة فيه.

المطلب الثالث

زوال العقد

اذا تخلف ركن من أركان انعقاد العقد أو شرط من شروط صحته فانه إما ان يبطل بطلانا مطلقاً أو يبطل بطلانًا نسبيًا ، وفى الحالتين اذا تقرر البطلان أو الابطال فان العقد يزول باثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن.

أما اذا كان العقد قد نشأ صحيحاً فان زواله يتحقق بالانقضاء أى تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، ففى عقد البيع اذا دفع المشترى الثمن ونقل له البائع الشئ المبيع إنقضى العقد.

والى جانب البطلان والإنقضاء فان العقد يمكن أن يزول بالإنحلال، والانحلال يرد على عقد صحيح وقبل أن ينقضى بالتنفيذ. وإنحلال

العقد له ثلاث صور، التقايل والالغاء بالارادة المنفردة والفسخ.

والتقايل عبارة عن إتفاق الطرفين على حل الرابطة العقدية، فهو الغاء العقد بالارادة المشتركة للمتعاقدين. ويتم التقايل باتفاق جديد بين الطرفين، وقد يكون ذلك باثر رجعى، وقد يكون بالنسبة للمستقبل فقط. ولكن هذا الاتفاق لايجوزأن يمس بحقوق الغير.

واذا كان الاصل أنه لا يجوز نقض العقد الا بارادة المتعاقدين معا، فان القانون قد يجيز لاحد المتعاقدين بأن يستقل بالغاء العقد بارادته وحدها، وذلك فى العقود التى تسمح طبيعتها بذلك مثل عقود المقاولة، العارية، الوديعة، التأمين، العمل، الوكالة.

وانحلال العقد ممكن ان ياخذ كذلك صورة الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ ونعرض لهاتين الصورتين بشئ من التفصيل.

الفرع الاول

فسخ العقد

الفسخ لا يكون الا فى العقود الملزمة للجانبين، أى تلك التى يلتزم فيها كل متعاقد تجاه المتعاقد الآخر بالتزام معين، على وجه التبادل بمقتضى الاتفاق المعقود بينهما. فهناك ترابط بين الالتزامات فى العقود الملزمة للجانبين، فاذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه، كان للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه أو أن يتحلل منه عن طريق الفسخ.

والفسخ إما أن يتقرر بحكم القاضى (الفسخ القضائى)، وقد يتم بالاتفاق بين الطرفين (الفسخ الاتفاقى)، وقد يقع بحكم القانون (انفساخ العقد).

أولاً: فسخ العقد بحكم القضاء

اذا إمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد الملزم للجانبين، كان للطرف الاخر إما إتخاذ موقف سلبي يتمثل في الدفع بعدم التنفيذ أي الامتناع من جانبه عن تنفيذ التزامه، وإما إتخاذ موقف ايجابي أي المطالبة بتنفيذ العقد أو حله.

وحل الرابطة العقدية يتم برفع طلب الى القضاء بفسخ العقد، وذلك كجزاء على إخلال المتعاقد بالتزاماته المترتبة على هذا العقد. ونتناول فيما يلي شروط طلب الفسخ، وسلطة القاضي حياله، وآثاره.

شروط طلب الفسخ:

يلزم لامكان طلب فسخ العقد من القضاء، توافر الشروط الاتية:

١- ان يكون العقد ملزما للجانبين، اذ في هذه العقود يكون الفسخ وسيلة يتحلل بها الطرف الاخر من التزاماته تجاه المتعاقد الاخر الذي لم ينفذ التزاماته، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فان الدائن الذي يشكو من عدم تنفيذ المدين لالتزاماته لا يكون ملزما بشئ ولا تكون له أي مصلحة في التحلل من العقد وطلب الفسخ.

٢- عدم وفاء احد الطرفين بالتزامه، أي أن يخل أحد طرفي العقد بالتزامه، سواء أكان ذلك بامتناعه عن التنفيذ رغم قدرته عليه، أم كان ذلك بسبب ما قام به من أفعال جعلت التنفيذ مستحيلا، ويستوى أن يكون عدم الوفاء كلياً أو جزئياً أو معيباً، ويقدر القاضي مدى أهمية الجزء الذي لم يتم تنفيذه. ويشترط أن يكون عدم الوفاء غير راجع الى سبب أجنبي، لأنه إن كان راجعاً الى سبب أجنبي فانه يترتب عليه إنفساخ العقد بقوة القانون كما سنرى.

٣- أن يكون طالب الفسخ قد قام بتنفيذ التزامه أو على الاقل أن يكون مستعداً لهذا التنفيذ، اذ لا يتصور أن يطلب الفسخ من كان مقصراً فى تنفيذه التزاماته.

٤- أن يقوم طالب الفسخ باعذار الطرف الآخر، أى تكليف المدين بالوفاء فى صورة ثابتة بانذار أو بالبريد. فالاعذار يكون وسيلة لاثبات تقصير المدين فى عدم التنفيذ. ويلاحظ أن رفع الدعوى يعتبر إعذاراً كافيًا.

٥- يجب أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الوضع الى ما كان عليه، لان الفسخ يترتب عليه إعادة الحالة الى أصلها، فاذا كان طالب الفسخ لا يستطيع أن يرد ما قبضه من الطرف الآخر إمتنع عليه طلب الفسخ، ويكون له فقط ان يطلب التنفيذ العينى أو التعويض.

٦- ان يرفع الدائن طلب الفسخ أمام القضاء لان الفسخ لا يتقرر الا بحكم القاضى، والحكم الصادر يعتبر منشئًا للفسخ لا كاشفًا له.

سلطة القاضى أمام طلب الفسخ:

للقاضى سلطة تقديرية فى إجابة طلب الفسخ، اذ لا يلتزم بالحكم بفسخ العقد ولو توافرت كل الشروط التى تلزم لذلك. وهو يراعى فى ذلك الظروف المختلفة، فان رأى ان عدم الوفاء يستوجب الفسخ حكم به، وإن رأى ان الجزء الذى لم ينفذ قليل الاهمية بالنسبة للالتزام فى جملته رفض الفسخ و إقتصر على تعويض الدائن عن عدم التنفيذ بالنسبة لهذا الجزء. واذا رأى ان المدين حسن النية جاز له أن يمنحه مهلة للوفاء.

أثر الحكم بالفسخ:

إذا ما حكم بالفسخ أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فاذا تعذر ذلك، جاز الحكم بالتعويض.

أى أن للفسخ أثراً رجعياً ويترتب عليه إعادة المتعاقدين الى ما كانا عليه قبل العقد. ففى البيع اذا تم الفسخ تعين على المشترى رد ما كان قد تسلمه من المبيع، كما يكون على البائع رد ما تسلمه من الثمن. على انه اذا كان لا يتسنى إعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد، فانه يجوز ان يحكم بتعويض معادل.

ولا يكون للفسخ أثرا رجعياً بالنسبة لعقود المدة. انما يتم الفسخ فقط بالنسبة للمستقبل، اذ أن ما تم تنفيذه لا يمكن رده، فلا يمكن للمستأجر رد المنفعة التى حصل عليها مقابل إسترداده للاجرة.

ويجوز لطالب الفسخ أن يطلب من المدين المقصر تعويضاً عن الاضرار التى اصابته نتيجة عدم الوفاء بالتزاماته.

ولا يقتصر الاثر الرجعى على المتعاقدين فحسب بل بالنسبة للغير كذلك. فاذا كان المشترى قد رتب حقوقا للغير على الشيئ المبيع، فانه يرد الشيئ مع ذلك خالى من هذه الحقوق. أما إذا كان الغير حسن النية فانه يمكن أن يتمسك بحقه.

ثانياً :الفسخ الاتفاقى

يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه.

يقرر النص مكنة فسخ العقد بناء على إتفاق من الطرفين، أى بناء على وجود الشرط الفاسخ الصريح، ويأخذ هذا الشرط عدة صور:

١- فقد يقتصر العاقدان فى اتفاقهما على تقرير ان العقد « يفسخ اذا أخل أحد الطرفين بالتزاماته». ففي هذه الحالة لا يكون لمثل هذا الاتفاق أهمية خاصة اذ لا يعدو أن يكون تأكيداً للقواعد العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ. ومن ثم تنطبق الاحكام السابقة المتعلقة بالفسخ القضائى.

٢- وقد يتم الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه، دون الحاجة الى رفع دعوى أو صدور حكم قضائى. أى أن الفسخ يحدث مباشرة بمجرد حصول الاخلال بالالتزام. فاذا قام نزاع بين الطرفين تم الالتجاء الى القضاء، ويكون حكم القاضى يكون كاشفاً للفسخ وليس منشئا له. ويتعين على القاضى الحكم بالفسخ اذا تمسك به المتعاقد، اذ أن هذا الشرط يسلب القاضى سلطته التقديرية فى الحكم بالفسخ من عدمه.

٣- واخيراً قد يتفق الطرفان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة الى حكم ودون الحاجة الى إعذار. وعندئذ يقع الفسخ بمجرد الاخلال بالالتزام.

ويلاحظ ان شرط الفسخ مقرر لمصلحة المتعاقد الذى حدث الاخلال بحقوقه ومن ثم فان الفسخ لا يقع الا اذا تمسك به، ولا يجوز لغيره ان يتمسك بالفسخ.

ثالثاً: إنفساخ العقد بحكم القانون

اذا انقضى الالتزام بسبب إستحالة التنفيذ، نتيجة قوة قاهرة أى لسبب لا يد للمدين فيه، فان العقد ينفسخ بقوة القانون، دون حاجة الى حكم قضائى، ودون أن يكون ذلك مشترطاً فى العقد، ودون حاجة الى إعذار.

ويلزم ان تكون إستحالة التنفيذ راجعة الى سبب أجنبى عن المدين، الذى لا يكون مسئولاً أمام الدائن عن استحالة التنفيذ ولا يلتزم

بتعويضه عن أى ضرر يترتب على عدم التنفيذ، ولا يكون هناك مجال الا فسخ العقد. وذلك كما اذا قامت الحرب وقطعت العلاقات بين بلدين، مما أدى الى إستحالة تنفيذ عقود تصدير منتجات كان متعاقداً على تصديرها.

أما اذا كانت إستحالة التنفيذ راجعة الى فعل المدين أو خطأه، فان العقد يظل قائما، ويمكن إلزام المتعاقد بتنفيذ العقد بمقابل، أى يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه. وللدائن فى هذه الحالة ان يلجأ الى الفسخ القضائى بدلا من التنفيذ بطريقة التعويض.

وتترتب على إنفساخ العقد بقوة القانون نفس الآثار التى تترتب على الفسخ القضائى والاتفاقى.

والمدين هو الذى يتحمل تبعة الهلاك عند إنفساخ العقد، اذ عند إستحالة تنفيذ التزامه ينفسخ العقد وينقضى الالتزام المقابل ولا يستطيع هذا المدين أن يطالب بتنفيذه. فاذا هلك الشئ المبيع هلاكاً كلياً بسبب أجنبى، فان التزام البائع بنقل الملكية ينقضى وينفسخ العقد، وينقضى فى نفس الوقت التزام المشترى بدفع الثمن . فالبائع يفقد الشئ ولا يحصل على الثمن المقابل له.

الفرع الثانى

الدفع بعدم التنفيذ

عندما لا ينفذ أحد المتعاقدين التزامه التعاقدى دون أن يمنعه عن التنفيذ قوة أو حدث مفاجئ، يكون للمتعاقد الآخر (الدائن) أن يتخذ أحد الموقفين، فاما موقف سلبى يتمثل فى الدفع بعدم التنفيذ وإما موقف إيجابى يتمثل بالمطالبة بفسخ العقد.

فالدفع بعدم التنفيذ هو رد يبديه أحد المتعاقدين، على مطالبة المتعاقد الآخر له بتنفيذ التزاماته. فالدائن بالتزام تبادلى يجوز له إذا لم

يكن قد نفذ التزامه، أن يمتنع مؤقتاً عن تنفيذ التزامه ما دام أن المتعاقد الآخر لم ينفذ التزامه، فالمشترى يمكن أن يمتنع عن دفع الثمن طالما أن البائع لم يسلم الشيئ المبيع. فالدفع بعدم التنفيذ يعتبر وسيلة لحمل المتعاقد الآخر على الوفاء بالتزامه دون اللجوء الى حل الرابطة العقدية، أى دون الالتجاء الى طلب الفسخ.

شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

١- يجب أن نكون بصدد عقد ملزم للجانبين، إذ ينبغى أن نكون بصدد التزامات متقابلة، ناشئة من نفس العقد ولم تكن قد نفذت بعد. فلا يصلح الدفع في العقد الملزم لجانب واحد.

٢-يلزم ان تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، أى أن يكون الالتزام الذى لم يتم تنفيذه حالاً. فلا يجوز أن يتمسك البائع بعدم تنفيذ التزامه بالتسليم اذا كان الثمن مؤجلا.

ولا يشترط أعذار المدين للتمسك بهذا الدفع، ولا يلزم كذلك أن ترفع دعوى أمام القضاء اذ الدفع بعدم التنفيذ ليس الا موقفاً سلبياً. إلا أنه ينبغى عدم التعسف فى استعمال هذا الحق، اذ يجب مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقود. يجب أن يكون المتمسك بالدفع مستعداً لتنفيذ التزامه.

آثار الدفع بعدم التنفيذ:

يترتب على الدفع بعدم التنفيذ وقف تنفيذ الالتزام المطالب بتنفيذه، ويستمر هذا الوقف إلى أن يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه. فالالتزام يظل قائماً، وكذا العقد، ولكن التنفيذ موقوف حتى يتم التوصل إلى البدء فيه من أحد الطرفين، أو منهما معاً فى نفس الوقت.

ويؤدى وقف التنفيذ فى العقود الممتدة فى الزمان لا إلى تأخير فى التنفيذ فحسب، بل إلى إنتقاص الالتزام ذاته، كما فى عقد الايجار.

المبحث الثانى

الارادة المنفردة

التصرف القانونى هو إتجاه الارادة الى إحداث آثار قانونية. والتصرف القانوني نوعان: التصرف الفردى (الارادة المنفردة) والتصرف المتعدد الأطراف أى العقد. والارادة لا تنتج أثرها، فى أغلب الاحوال، وهى قائمة على إستقلال، أى وهى إرادة منفردة، بل عندما ترتبط بارادة أو إرادات أخرى فيما يسمى بالعقد.

والارادة المنفردة باعتبارها تصرفا قانونيًا قادرة على إحداث آثار قانونية متعددة مثل إنشاء الحقوق العينية وإنقضائها ونقلها مثل الوصية التى تنشئ الحق فى الملكية للموصى له، والابراء الذى يؤدى الى إنقضاء الدين. وتصحيح العقد القابل للابطال.

واذا كان هناك شبه اتفاق على الاحكام السابقة الا ان الخلاف قد ثار حول قدرة الارادة المنفردة على انشاء حق شخصى أى التزام من الالتزامات، أى مدى صلاحية الارادة المنفردة لأن تكون مصدراً من مصادر الالتزام.

والغالب فى العصر الحديث هو أن الارادة المنفردة ليست مصدراً عاماً من مصادر الالتزام، بل تعد مصدراً خاصاً فى حالات معينة على سبيل الحصر. وقد أخذ بذلك القانون المصرى حيث نص على عدة حالات يكون فيها مصدر الالتزام هو الارادة المنفردة للمدين:

١- التزام الموجب بالبقاء على إيجابه المدة التى تحددها ظروف الحال أو طبيعة المعاملة. ويستطيع الحائز تطهير العقار المرهون.

٢- انشاء المؤسسة الخاصة، أي إيجاد شخصًا إعتباريًا.

٣- الوقف. وهو تصرف يتم بإرادة الواقف وحدها.

٤- الوصية. وتتم بالارادة المنفردة للموصي.

٥- الوعد بجائزة للجمهور، ونتناوله بشئ من التفصيل.

الوعد بجائزة:

فالوعد بجائزة هو تخصيص أجر لشخص لن يتعين الا بتنفيذ الاداء الذى حدده الواعد. وذلك كمن يعد بجائزة لمن يعثر على أشياء مفقودة أو لمن يقوم بكشف علمي أو فنى، فالدائن فى الوعد بجائزة يكون غير معين. فهو إعلان موجه إلى الجمهور.

شروط الوعد بجائزة:

يشترط لنشوء الالتزام بالجائزة ما يأتي:

١- يجب أن يصدر تعبير بات من شخص، مضمونه الوعد بجائزة لمن يقوم بعمل معين. ويجب أن تظهر الارادة بصورة واضحة وباتة، وأن تكون تلك الارادة حرة خالية من العيوب. وينبغى أن تكون إرادة الالتزام جدية. وأن تتوافر لدى الواعد أهلية التصرف.

٢- أن يكون الوعد بالجائزة موجهاً الى الجمهور، أى إلى أشخاص غير معينين بذواتهم، فاذا وجه الوعد الى أشخاص معينين أعتبر التعبير إيجابا.

٣- أن يوجه الوعد الى الجمهور علنًا، حتى يتيسر العلم به، وتتحقق العلانية بكافة طرق النشر.

٤- أن يكون للوعد محل، أي جائزة لمن يقوم بعمل معين، والجائزة قد تكون مالية وقد تكون أدبية كوسام أو شهادة.

٥- كذلك يجب أن يكون للالتزام سبب، والسبب هو الدافع الباعث للوعد، أو الغرض المباشر الذى يسعى اليه الواعد وهو قيام شخص ما بعمل معين.

أحكام الالتزام بالجائزة:

ويترتب على قيام الوعد، الاحكام التالية:

(أ) اذا حددت للوعد مدة لانجاز العمل المطلوب، لا يستطيع الواعد أن يرجع عما وعد به، ويظل الوعد بالجائزة قائما طوال المدة المحددة، فاذا تحقق العمل المطلوب، كان لمن قام به المطالبة بالجائزة، سواء أكان يعلم بالجائزة أم لا. ولا يكون لمن يقوم بالعمل بعد إنتهاء المدة أن يطالب بشئ.

(ب) أما فى حالة عدم تعيين مدة لانجاز العمل المطلوب، فان الواعد يستطيع أن يرجع عن هذا الوعد فى أى وقت. ولكن ينبغى أن يتم الرجوع بنفس الوسيلة التى تم بها الاعلان. واذا لم يرجع الواعد فانه يظل ملتزماً بوعده المدة المعقولة للقيام بالعمل.

واذا قام شخص بالعمل قبل إعلان الرجوع عن الوعد فانه يستحق الجائزة الموعود بها، ولو كان قد قام بالعمل دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها، ولكن يجب فى هذه الحالة أن يرفع دعوى المطالبة بالجائزة خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الرجوع عن الوعد بها.

المبحث الثالث

الفعـــل الضـــار

(العمل غير المشروع- المسئولية التقصيرية)

المسئولية إما أن تكون أدبية، تنشأ عن مخالفة واجب أدبى، وإما أن تكون قانونية تترتب على مخالفة واجب قانونى. وتنقسم المسئولية القانونية الى مسئولية جنائية ومسئولية مدنية، وتنشأ المسئولية الجنائية عند حدوث ضرر يصيب المجتمع أما المسئولية المدنية فتنشأ عن حدوث ضرر يصيب الفرد. وتنقسم بدورها الى مسئولية تعاقدية ومسئولية تقصيرية، فالمسئولية العقدية هى التى تترتب على مخالفة التزام تعاقدى اما المسئولية التقصيرية فتنشأ عند مخالفة واجب قانونى.

المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية:

تترتب المسئولية الجنائية على جريمة من الجرائم، ويكون الجزاء توقيع عقوبة على الجاني باسم المجتمع زجراً وردعًا. والجرائم محددة على سبيل الحصر. أما المسئولية المدنية فتتعلق بمصلحة خاصة بفرد من الأفراد أما المسئولية الجنائية فتتعلق بحق المجتمع، لذا فان الدعوى الناشئة عنها تعتبر دعوى عمومية تخص الجماعة وتباشرها النيابة العمومية عن الدولة.

ويمكن ان يترتب على الفعل الواحد المسئوليتان الجنائية والمدنية فى نفس الوقت كما فى القتل والسرقة والسب. ونشوء المسئوليتين عن ذات الفعل يوجد إرتباطًا واقعيًا بينهما، فالمسئولية الجنائية وهى الأقوى باعتبارها حق المجتمع تؤثر فى المسئولية المدنية من عدة وجوه:

١- ان الحكم الذى يصدر من المحكمة الجنائية يقيد بعد ذلك القاضى المدنى، بحيث لا يجوز للمحكمة المدنية أن تنفى الخطأ عن الفعل

الذى إعتبرته المحكمة الجنائية جريمة.

٢- يجوز رفع الدعوى المدنية بطلب التعويض أمام المحكمة الجنائية.

٣- يتعين وقف النظر فى الدعوى المدنية إلى أن يصدر الحكم في الدعوى الجنائية، وذلك نتيجة التزام المحكمة المدنية بالحكم الجنائى.

المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية:

تقوم المسئوليتان على مبدأ واحد هو أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض.

وتسمى المسئولية التى تنشأ عن الاخلال بالتزام عقدى كمسئولية البائع عن عدم تسليم المبيع مسئولية عقدية، والمسئولية التى تترتب على الاخلال بالتزام قانونى كمسئولية قائد السيارة عن إصابة أحد المارة بخطئه مسئولية تقصيرية.

ويترتب على التمييز بين نوعى المسئولية عدة أحكام مثل:

١- نظرا لان المسئولية العقدية مصدرها العقد فانه يمكن الاتفاق على الاعفاء منها أو تعديلها، بينما لا يجوز ذلك فى المسئولية التقصيرية لان مصدرها القانون.

٢- يكون التعويض فى المسئولية التقصيرية عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، أما فى المسئولية العقدية فان الضرر غير المتوقع لا يشمله التعويض.

٣- اذا تعدد المسئولون فى المسئولية التقصيرية، كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض المضرور، أما فى المسئولية العقدية فان التضامن لا يقوم الا إذا تم الاتفاق عليه.

ورغم الخلافات السابقة، فانه فى كل من المسئوليتين لا بد من توافر

نفس الاركان الاساسية وهى: الفعل الضار، والضرر، والسببية بين الضرر والفعل الضار.

ولا يجوز الجمع بين المسئوليتين، اذا كان الفعل الواحد تترتب عليه فى نفس الوقت المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية، اذ من غير المقبول أن يحصل الشخص على تعويضين عن ضرر واحد.

ونتناول أحكام المسئولية التقصيرية في أربعة مطالب: المسئولية عن الأفعال الشخصية، المسئولية عن عمل الغير، المسئولية عن الأشياء، تعويض الضرر.

المطلب الاول
المسئولية عن الفعل الشخصى

كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض. فطبقاً لهذا النص يلزم لقيام المسئولية أن يكون هناك خطأ وأن يحدث للغير ضرر، وان يكون هذا الضرر نتيجة للخطأ. ويترتب على قيام المسئولية نشوء الالتزام بالتعويض على عاتق المسئول. ونعرض لعنصرى الخطأ ورابطة السببية.

الفرع الاول
الخطأ

إن الخطأ هو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى، ويتمثل هذا الانحراف فى الاخلال بواجب قانونى أو إلتزام سابق، هذا الالتزام عبارة عن الالتزام القانونى العام بعدم الاضرار بالغير، ومجرد إنحراف الشخص عن السلوك الواجب لا يكفى لقيام الخطأ إذ يلزم أن يكون لديه القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه إنحرف.

ولذا يمكن القول بان للخطأ عنصرين، عنصرا ماديا هو الفعل الذى يقع به الاخلال بالواجب، وعنصراً معنويا هو التمييز.

يتمثل الركن المادى أو العنصر الموضوعى للخطأ فى الاخلال بالواجب القانونى الذى يقع على عاتق من ينسب اليه الخطأ.

والواجبات التى يعد الاخلال بها خطأ إما أن يعينها القانون بطريقة محددة مثل واجب التزام السائق يمين الطريق وإضاءة النور ليلا وإما أن يعينها بطريقة غير مباشرة عن طريق تعيين حقوق الاشخاص.

والاخلال بالواجب يعد إنحرافاً عن السلوك المألوف للرجل العادى. ويقاس الانحراف بمعيار موضوعى على ضوء السلوك المتوقع من الشخص المعتاد فى الظروف التى تم فيها الخطأ، فلا يجوز مقارنة مسلك سائق السيارة فى طريق جاف بمسلك سائق فى طريق مبلل. والمقصود بالظروف المحيطة هنا هو الظروف الخارجية (الزمان والمكان) أما الظروف الداخلية أو الشخصية كحدة المزاج أو المرض العصبى فلا يعتد بها فى تحديد مستوى السلوك المعتاد.

اذا كان العنصر المادى للخطأ يتمثل فى الانحراف أو التعدى، إلا أن هناك أحوالاً لا يكون فيها التعدى خطأ، وهذه الحالات هى:

١- حالة الدفاع الشرعى:

من أحدث ضرراً وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله يكون غير مسئول، بشرط الا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى والا اصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة.

فمن يرد الاعتداء باعتداء مماثل مسببا ضررا للمعتدى فلا يسأل عن ذلك لانه كان يرد إعتداء غير مشروع. فالدفاع الشرعى يعتبر حقاً للمعتدى عليه، ولكنه حق محدود بالقدر اللازم لدفع الاعتداء.

ويشترط لنشوء حق الدفاع الشرعى عدة شروط:

١- ان يكون هناك خطر حال محدق يهدد الشخص فى نفسه أو فى ماله، ويكفى ان يكون الخطر وشيك الوقوع، ويمكن ان يهدد الخطر شخص آخر عزيز أو ماله.

٢- ان يكون الخطر الذى يقوم الشخص بدفعه عملا غير مشروع، فالقاء البوليس القبض على لص يعتبر عملا مشروع لا يجوز دفعه.

٣- يجب الا يكون هناك وسيلة آخرى مشروعة لدفع الخطر كالاستعانة بالشرطة.

٤- يجب ان يكون دفع الاعتداء بالقدر الضرورى، فاذا جاوز ذلك اعتبر مخطئا.

لا يشترط فى القانون لقيام الدفاع الشرعى ان يكون قد وقع اعتداء على النفس أو المال بالفعل، بل يكفى ان يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع الاعتداء. وتقدير الدافع عن الفعلالمستوجب ادفاع يكفى فيه ان يكون مبنياً على اسباب معقولة من شأنها تبرير ذلك.

واذا تجاوز المتهم حدود حق الدفاع الشرعى فانه يكون مسئولاعن تعويض الضرر الناشئ عن جريمته.

٢- حالة الضرورة:

من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر، محدقاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً الا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً.

فمن يضطر- لدرء خطر جسيم عن نفسه- ان يلحق بشخص آخر ضررا لا يجاوز الضرر الذى يتحاشاه، يكون مسئولا عن فعله، ولكن مسئولية مخففة، ويدفع التعويض الذى يحكم به القاضى على ضوء ما يمكن ان يلتمس للشخص من عذر فى ارتكابه للفعل. فحالة الضرروة

تعتبر ظرفاً مخففًا للمسئولية المدنية.

ويشترط لتوافر حالة الضرورة الشروط الآتية:-

١- يشترط أن يكون هناك خطر حال، يهدد الشخص أو الغير فى نفسه أو فى ماله.

٢- ان لا يكون لارادة الشخص دخل فى إيجاد هذا الخطر، وإلا عد مسئولا، ويجب ألا يكون مصدر الخطر هو الشخص الذى تباشر ضده الافعال التى يراد بها دفع الخطر والا كانت حالة دفاع شرعى.

٣- أن يكون الضرر الذى أريد تفاديه أكبر من الضرر الذى وقع، كاتلاف بعض المزروعات فى سبيل إطفاء حريق فى منزل.

٣- حالة تنفيذ أمر صادر من رئيس:

لا يكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذى أضر بالغير اذا قام به تنفيذا لامر صدر اليه من رئيس، متى كانت إطاعة هذا الامر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه، وكان إعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، وانه راعى فى عمله جانب الحيطة.

وطبقاً لهذا النص فان الاعفاء من المسئولية يتطلب الشروط الآتية:-

١- ان يكون مرتكب الفعل الضار موظفاً عموميا.

٢- ان يكون ما قام به تنفيذا لأمر رئيس تجب عليه طاعته، أو يعتقد أنها واجبة عليه.

٣- ان يثبت الموظف اعتقاده بمشروعية الأمر الصادر اليه.

٤- ان يثبت الموظف أنه راعى جانب الحيطة فى تنفيذ الأوامر التى

وجهت له. والمعيار فى ذلك هو سلوك الموظف المعتاد فى مثل موقفه.

وبتوافر الشروط السابقة يعفى الموظف من المسئولية، فلا يسأل أحد الجنود عن الأضرار التى تلحق بمالك الاطعمة التى يفسدها بناء على أوامر مفتش الصحة. وما قيل بشأن الأمر الصادر الى الموظف ينطبق كذلك على ما يقوم به الموظف تنفيذاً لأمر القانون اذا كان يعتقد بحسن نية ان هذا هو حكم القانون.

وقد قضت محكمة النقض بانه من المقرر ان طاعة الرئيس لا تمتد باى حال الى ارتكاب الجرائم وانه ليس على المرؤوس ان يطيع الامر الصادر له من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو ان القانون يعاقب عليه ومن ثم فان تمسك الطاعن بالاحتماء بالقانون فى مجال تحميله السيارة قيادته حمولة تزيد عن المسموح به إطاعة منه لاوامر رؤوسائه- على فرض حصوله- يكون دفاعا قانونا ظاهر البطلان وبعيدا عن الصواب.

مسئولية عدم التمييز:

لا يكتفى القانون فى الخطأ بذلك العنصر الموضوعى وهو الانحراف عن مسلك الرجل العادى، بل يتطلب فوق ذلك عنصراً شخصياً هو الادراك والتمييز. فالشخص لا يسأل مسئولية تقصيرية عند حصول إنحراف منه الا اذا كان مدركا لما يصدر منه، ويكفى لاعتباره مدركا ان يكون مميزا.

والتمييز يبدأ ببلوغ الشخص سن السابعة، كما يقتضى الا يكون مجنونا أو معتوها، والا يكون وقت ارتكابه الفعل الضار فاقد الادراك لسبب عارض كالمرض أو السكرأو التخدير بغير اختياره.

ولكن ما ذنب المضرور فى أن يكون مرتكب الضرر عديم التمييز،

حتى يحرم من التعويض. لذلك فان المشرع المصرى وان قرر بحسب الاصل ان المسئولية تقوم على الادراك والتمييز، إلا أنه فتح الباب لمساءلة عديم التمييز اذا توافرت شروط معينة على أساس تحمل التبعة ومراعاة لاعتبارات العدل.

يجوز الحكم- إستثناءاً- على عديم التمييز بالتعويض لا على أساس الخطأ ولكن على اساس التبعية- بشرط ان يتعذر الحصول على التعويض من شخص آخر (متولى الرقابة عليه مثلا).

والمسئولية هنا جوازية للقاضي واحتياطية من جهة أخرى. ويمكن للقاضى ان يحكم بالتعويض العادل الذى يراعى فيه ظروف الطرفين.

أنواع الخطأ وصوره:

يتخذ الخطأ عدة صور فى الحياة العملية وتكون له العديد من التطبيقات نعرض لاهمها:

الخطأ العمدى: ويتمثل فى الانحراف الواضح عن السلوك المعتاد بقصد إحداث الضرر بالغير، واذا كان القانون الجنائى يفرق بين الخطأ العمدى والخطأ غيرالعمدى فان القانون المدنى لا يعطى أهمية لهذه التفرقة لان الغاية من المسئولية المدنية هى التعويض عن الضرر أيا كان نوع الخطأ، وان كان القاضى من الناحية العملية يكون أكثر تشددا مع المتسبب فى الضرر بفعل عمدى.

الخطأ الجسيم: هو ذلك الذى لا يتصوروقوعه الا من شخص عديم الاكتراث وقليل الحيطة، فهو يختلف عن الخطأ المعتاد فى قدر الاهمال الذى ينسب الى مرتكبه. ويرجع فى تقدير الخطأ ووصفه بانه جسيم أو يسير الى القضاء.

وكقاعدة عامة فانه لا تفرقة بين الخطأ الجسيم واليسير فى الحكم

بالتعويض عن الضرر الناشئ عنهما وان كان الخطأ الجسيم يأخذ حكم الخطأ العمدى.

صور أخرى للخطأ:

قد يقع الخطأ بفعل ايجابى وقد يقع بفعل سلبى مثل الاهمال فى عمل شئ واجب. مثل تقاعس الطبيب عن علاج المريض.

ويبدو الخطأ من خلال الحوادث الناشئة عن وسائل النقل وحوادث العمل ومباشرة المهن المختلفة مثل الطبيب والمهندس. وقد يأخذ الخطأ صورة الاعتداء على الشرف والسمعة عن طريق السب والقذف بأى وسيلة من الوسائل.

الفرع الثانى

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

لا يكفى لقيام المسئولية وقوع الضرر بل ينبغى أن يترتب الضرر على الخطأ الذى يعزوه إلى المسئول، فعلى المضرور ان يثبت ان الضرر الذى اصابه قد نشأ من خطأ المدعى عليه، أى لا بد من توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

ولكن يصعب القول بتوافر رابطة السببية اذا ما تعددت الاخطاء التى أدت الى وقوع الضرر أو اذا ما ثبت أن الضرر قد وقع نتيجة أمر أجنبى لا يد له فيه.

تعدد الاخطاء - تعدد الاسباب:

اذا كان الضرر واحد واشتركت فى إحداثه عدة عوامل، فهل تقوم رابطة السببية بين الضرر وكل هذه الاسباب أم يعزى الضرر الى سبب واحد منها ؟

هناك نظرية السبب المنتج التى لا تعتد إلا بالسبب الاساسى لحدوث الضرر ولا تحفل بالاسباب الأخرى. وتعتبر الواقعة سبباً منتجاً إذا كان من شأنها أن تحدث الضرر وفقاً للمجرى العادى للأمور.

فاذا أهمل صاحب السيارة فى المحافظة عليها وسرقها شخص وأصاب بها احد المارة فان خطأ السارق يعتبر سببا منتجاً لانه يؤدى الى الضرروفقا للمجرى العادى من الامور ولا يعتد بخطأ صاحب السيارة لأنه ثانوى وعارض في إحداث الضرر.

أما النظرية الأخرى (نظرية تعادل الاسباب) فتعتد بجميع العوامل التى أدت إلى إحداث الضرر وتعتبر كلها متعادلة فى التسبب فى وقوع الضرر. ويأخذ القضاء في مصر بالنظرية الأولى.

رابطة السببية وتعاقب الاضرار:

قد يؤدى الفعل الواحد الى سلسلة من الأضرار، كل منها يترتب على سابقه، فهنا لا تقوم رابطة السببية الا بين الخطأ وبين الضرر المباشر المترتب على هذا الخطأ، أما الاضرار غير المباشرة فلا تقوم بينها وبين الخطأ علاقة سببية، ولا يلتزم المسئول بتعويضها.

وذلك مثل الشخص الذى شحن آلة رى فى القطار، فوقع حادث للقطار أدى الى تلف هذه الآلة، فرفع صاحبها دعوى على مصلحة السكك الحديدية ليطالبها بالتعويض عن الاضرار المتعاقبة التى لحقته وهى تلف الآلة وعدم إنتفاعه بالبئر التى حفرها لتركيب الآلة وعدم إنتفاعه بارضه وتلف زارعته وفقدانه للربح الذى كان سيحصل عليه نتيجة رى أراضى الجيران. ولكن القضاء فى هذا المثال لم يحكم له بالتعويض الا عن الاضرار المباشرة وهى تلف الآلة أما الاضرار الغير مباشرة فليست نتيجة طبيعية للحادث وكان من الممكن توقى نتائجه ببذل جهد معقول كشراء آلات أخرى أو رى الأرض بوسيلة بديلة.

انعدام السببية لقيام السبب الاجنبي:

اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك.

وعلى ذلك فالسبب الاجنبى الذى يترتب عليه إنعدام رابطة السببية هو:

١- القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ ويتمثل فى الواقعة التى لا يمكن للانسان دفعها أو منع أثرها ولا يمكن توقعها، مثال ذلك سقوط شجرة فى الطريق على سيارة تنقل المسافرين بالاجر، فلا يكون السائق مسئولا عن الضرر الذى يحدث للمسافرين ولو كان يسير بسرعة لان الواقعة مصدر الضرر تعد قوة قاهرة.

٢- خطأ المضرور، فاذا إشترك فى إحداث الضرر كل من خطأالمضرور وخطأ الغير، فان العبرة هنا تكون بالخطأ الأشد حيث يستغرق الخطأ الآخر، أو يعتد بالخطأ الاكثر جسامة والخطأ العمد.

وكذلك الحال اذا ترتب أحد الخطأين على الخطأ الآخر بان كان أحدهما نتيجة للآخر، فان مرتكب الخطأ الاصلى وحده هو الذى يكون مسئولا. مثال ذلك سائق السيارة الذى يقودها بسرعة مخيفة، مما يدفع الراكب الى جواره الى القيام بحركة خاطئة للنجاة، فيحدث بنفسه ضرراً نتيجة هذه الحركة، فالعبرة هنا بالخطأ الاصلى لصاحب السيارة.

أما اذا ساهم كل من الخطأين فى إحداث الضرر، ولم يستغرق أى منهما الآخر، فان المسئولية تكون مشتركة بين المسئول والمضرور. ولا يلزم المسئول بتعويض كل الضرر، بل ينتقص منه القدر الموازى لمسئولية المضرور. ومثال ذلك خطأ الصبى الذى تعلق بالسيارة فى لحظة إبطائها وأصيب نتيجة ذلك.

٣- خطأ الغير، اذا نتج الضرر عن كل من خطأالشخص وخطأ الغير، فانه يعتد بالخطأ الذى يستغرق الخطأ الآخر، كما لو كان جسيمًا او عمدا، ويسأل صاحبه عن تعويض الضرر فى مجموعه.

أما اذا ساهم كل من الخطأين فى إحداث الضرر ولم يستغرق احدهما الآخر، فانه يجوز للمضرور أن يرجع على أى منهما بالتعويض كاملا ثم يتقاسم المسئولان مبلغ التعويض فيما بينهما على ضوء جسامة كل من الخطأين، ونسبة مساهمته في إحداث الضرر.

الاصل ان خطأ المضرور لا يرفع المسئولية وانما يخففها، ولا يعفى المسئول إستثناءاً من هذا الاصل الا اذا تبين من ظروف الحادث ان خطأ المضرور هو العامل الاول فى إحداث الضرر الذى أصابه وأنه بلغ من الجسامة درجة بحيث يستغرق خطأ المسئول.

فاذا كان كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، الا انه اذا كان المضرورقد أخطأ ايضاً وساهم هو الآخر فى الضرر الذى اصابه، فان ذلك يجب أن يراعى فى تقدير التعويض المستحق له، فلا يحكم له على الغير الا بالقدر المناسب لخطأ هذا الغير، لأن كون الضرر الذى لحق المضرور ناشئا عن خطأين: خطأه وخطأ غيره، يقتضى توزيع مبلغ التعويض بينهما بنسبة خطأ كل منهما، وذلك بناء على عملية تشبه المقاصة. ولا يكون الغير ملزما إلا بمقدار التعويض عن كل الضرر منقوصا منه ما يجب ان يتحمله المضرور بسبب الخطأ الذى وقع منه. مثال ذلك أن تصدم سيارة مسرعة شخصًا يترنح في الطريق من السكر. ومن يحاول ركوب القطار بعد بدء السير فيقع ويصاب، هنا يستغرق خطأ المضرور الجسيم خطأ السائق الذي لم يقفل الأبواب.

المطلب الثانى
المسئولية عن فعل الغير

اذا كانت المسئولية الشخصية توجب إثبات الخطأ فى جانب المسئول، فان المسئولية عن فعل الغير تقوم على خطأ مفترض غير واجب الاثبات، وذلك لتسهيل حصول المضرور على التعويض . وتتميز المسئولية عن عمل الغير كذلك بجواز رجوع المضرور على شخص آخر غير مرتكب الفعل الضار.

والغير أو الذى يسأل الشخص عن أفعاله، إما أن يكون انسانا فى حاجة الى الرقابة يلتزم المسئول برقابته (مسئولية متولي الرقابة) وإما أن يكون تابعًا للمسئول (مسئولية المتبوع عن فعل التابع). ونتناول كل من الفرضين على حده.

الفرع الاول
مسئولية متولى الرقابة عمن هم فى رقابته

يلزم لقيام مسئولية متولى الرقابة شرطان:

١- ان يتولى شخص الرقابة على شخص آخر.

٢- صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة.

تولى الرقابة:

يجب ان يكون هناك التزام بالرقابة للشخص على الغير. والالتزم بالرقابة إما أن ينشأ بحكم القانون كالاب بالنسبة لابنه القاصر، وإما بمقتضى إتفاق، كمدير مستشفى الامراض العقلية الذى يتولى الرقابة على مرضاه. وصاحب الورشة بالنسبة للصبي.

والرقابة على القاصر تعد لازمة حتى بلوغه سن ١٥ سنة، وتكون الرقابة للاب أو الجد أو العم أى لولى النفس. فاذا ظل القاصر بعد بلوغ هذا السن فى كنف من يتولى تربيته فانه يخضع للرقابة حتى سن ٢١ سنة، أما اذا إستقل فى حياته فانه لا يخضع للرقابة.

وتنتقل الرقابة الى المدرسة أو إلى معلم الحرفة فى الاوقات التى يوجد بها القاصر فى تلك الاماكن.

إرتكاب المشمول بالرقابة عملا غير مشروع:

ينبغى أن تتحقق مسئولية من هو تحت الرقابة، أى أن يصدر منه عمل غير مشروع يصيب الغير بضرر، فاذا قذف طفل صغير بحجر فهشم به زجاج سيارة تقف أمام منزل والده، كان الوالد مسئولا عن تعويض الغير.

أساس مسئولية متولى الرقابة ودفعها:

تقوم مسئولية متولى الرقابة على أساس خطأ مفترض فى جانبه، وهو الخطأ فى تربية القاصر أو فى مراقبته. ولكن يسمح القانون لمتولى الرقابة باثبات عكس الخطأ المفترض فى جانبه وذلك بان يثبت بانه قد قام بالرقابة على خير ما ينبغى، بان يثبت مثلا بان العمل غير المشروع قد وقع فجأة بحيث لم يكن هناك سبيل الى دفعه، أو يثبت انقطاع الصلة بين خطئه والضرر الحادث، أى يثبت قيام السبب الاجنبى كقوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور.

وقد قضت محكمة النقض بانه إذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بمسئولية الاب عن خطأ ابنه الذى كان يبلغ من السن تسع سنوات وقت الحادث على أساس ان الخطأ وقع فى حضوره وانه أهمل فى رقابة إبنه اذ شاهده فى الطريق قبل وقوع الحادث يلهو بلعبة النبلة، وهى أداة

الفعل الذى سبب الضرر، دون أن يتخذ الحيطة لمنعه من ممارسة هذه اللعبة بل تركه يلهو بها مع ما فى إستعمالها من خطر وقد تحقق فعلا فاصيب المطعون ضده فى إحدى عينيه، وكانت الظروف التى وقع فيها الحادث من شأنها- فى مثل هذه الظروف- حدوث الخطر فى مزاولتها، فان الحكم لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون.

وقضت بان القائم على تربية القاصر وان كان ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك القاصر للغير بعمله غير المشروع، وان هذه المسئولية تقوم على خطأ مفترض لمصلحة المضرور هو الاخلال بواجب الرقابة، الا ان هذه الرقابة تنتقل الى من يشرف على تعليمه أثناء وجوده فى المدرسة، فلا يستطيع المكلف بالرقابة ان يدرأ مسئوليته إلا اذا اثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر وقع بسبب أجنبي أو خطأ من المضرور أو خطأ ثابت فى جانب الغير.

وان رئيس المدرسة بوصفه رقيبها الاول يلتزم بتعويض الضرر الذى يحدثه القاصر بعمله غير المشروع أثناء وجوده بالمدرسة، وتقوم هذه المسئولية على خطأ مفترض لمصلحة المضرور هو الاخلال بواجب الرقابة، ولا يستطيع رئيس المدرسة وهو المكلف بالرقابة ان يدرأ مسئوليته الا اذا أثبت انه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب بما ينبغى له من حرص وعناية، ولما كانت مسئولية رئيس المدرسة لا ترتفع بمجرد اختيار مشرفين من المعلمين لملاحظة التلاميذ أثناء وجودهم بالمدرسة بل تقوم الى جانب مسئولية هؤلاء المشرفين بناء على خطأ مفترض فى واجب الرقابة بوصفه قائما بادارة المدرسة.

الفرع الثانى

مسئولية المتبوع عن فعل التابع

شروط تحقيق المسئولية:

يلزم لقيام مسئولية المتبوع عن عمل التابع توافر شرطين الاول قيام علاقة التبعية، والثانى وقوع خطأ من التابع فى تأدية وظيفته أو بسببها.

١- رابطة التبعية: وتتمثل فيما يكون للمتبوع من سلطة فعلية فى رقابة وتوجيه التابع بالنسبة للاعمال التى يلزم التابع القيام بها لحساب المتبوع. أى ان يكون التابع فى حالة خضوع للمتبوع بحيث يكون للاخير عليه سلطة الرقابة والتوجيه. ولا يهم ان تستند السلطة الى سبب قانونى بل يكفى ان تكون سلطة فعلية أو واقعية . وليس من الضرورى أن يكون المتبوع حراً فى إختيار التابع فموظفى المجالس المحلية الذين تعينهم الحكومة، تسأل عنهم هذه المجالس وان لم يكن لها يد فى اختيارهم.

واذا كانت مسئولية متولى الرقابة عامة لا تتناول عملا معينا، الا ان مسئولية المتبوع تنحصر فى نطاق العمل الذى يقوم به التابع لحسابه.

وتنعدم المسئولية اذا لم يكن هناك سلطة الرقابة والتوجيه، فالمقاول لا يعتبر تابعا لرب العمل.

وقد تنتقل التبعية مؤقتا من شخص الى آخر، وذلك كمن يستعير سائق سيارة يعمل بشركة. وانتداب عامل للعمل لدى جهة أخرى.

٢- خطأ التابع أثناء أداء وظيفته أو بسببها: ويجب ان تتحقق مسئولية التابع باركانها الثلاثة. ومن يطالب المتبوع بتعويضه عن خطأ تابعيه عليه أن يثبت خطأهم أى قيام مسئوليتهم.

ويشترط ثانياً وقوع الخطأ من التابع حال تأدية العمل أو بسببه أو بمناسبته، اما اذا وقع الخطأ خارج الوظيفة فلا يكون المتبوع مسئولا عنه.

فاذا ارتكب سائق السيارة حادثاً اثناء العمل فان هذا خطأ حال تأدية العمل. وضابط الشرطة الذى يحبس شخصا بدون وجه حق، ما كان ليتمكن من ذلك لولا وظيفته، فالخطأ هنا بسبب العمل. وكذلك الحال اذا كان العمل مجرد مناسبة له، كالخفير الذى يستخدم بندقيته لتسوية حساب شخصى. فالوظيفة مجرد مناسبة هيأت له وجود السلاح تحت يده.اما اذا كان الخطأ غير متعلق بالعمل فلا يكون المتبوع مسئولا عنه بل تنشأ مسئولية التابع وحده.

لذا حكم بان المسئولية لا تكون مقتصرة على خطأ التابع، وهو يودى عملا من أعمال وظيفته أو أن تكون الوظيفة هى السبب المباشر لهذا الخطأ، أو أن تكون ضرورية لامكان وقوعه، بل تتحقق المسئولية أيضا كلما كان فعل التابع قد وقع منه اثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته او ساعدته هذه الوظيفة على اتيان فعله غير المشروع أو هيأت له بأى طريقة كانت فرصة ارتكابه، سواء ارتكبه لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصى، وسواء أكان الباعث الذى دفعه اليه متصلا بالوظيفة أم لا علاقة له بها، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه.

فالخفير الذى يطلق فى رعونة عياراً ناريًا فى أثناء حراسته ليلاً فيصيب شخصًا يكون قد إرتكب خطأ يجعل الحكومة مسئولة عنه.

ويخرج عن نطاق مسئولية المتبوع ما يرتكبه التابع من خطأ لم يكن بينه وبين ما يؤدى من أعمال الوظيفة إرتباط مباشر ولم تكن هى ضرورية فيما وقع من خطأ ولا داعية اليه.

مسئولية التابع ورجوع المتبوع عليه:

لا تثبت مسئولية المتبوع إلا إذا كان التابع مسئولا عن الضرر الذى سببه للغير، ويكون للغير المضرور الخيار بين الرجوع على التابع أو الرجوع على المتبوع، وبين الرجوع عليهما معاً. ولكن الضرر الواحد لا يعوض عنه الا مرة واحدة.

فاذا دفع المتبوع التعويض فانه يستطيع ان يرجع بما دفعه على التابع، هذا اذا كان الضرر قد حدث بخطأ التابع وحده، أما اذا كان الخطأ مشتركا بين التابع والمتبوع فان المسئولية توزع بينهما ولا يجوز للمتبوع ان يرجع على التابع الا بقدر نصيبه فى المسئولية فقط.

المطلب الثالث

المسئولية عن ضرر الاشياء

يمكن أن تنشأ مسئولية الشخص عن الاشياء التى يكون مكلفا بحراستها اذا ما سببت ضررا للغير. وقد نص المشرع على ثلاث حالات للمسئولية الناشئة عن الاشياء تقوم جميعها على فكرة الخطأ فى الحراسةوهى: مسئولية حارس الحيوان، مسئولية حارس البناء، مسئولية حارس الاشياء التى تحتاج الى عناية خاصة.

الفرع الاول

مسئولية حارس الحيوان

حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكاً له، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه.

ولدراسة هذا النص نتناول شروط المسئولية ثم نعرض لاساسها.

شروط المسئولية:

يلزم لتحقق مسئولية حارس الحيوان توافر شرطين:

١- تولى شخص حراسة حيوان: ينبغى أن يكون الحيوان فى حراسة مسئول، أى يكون له السيطرة الفعلية عليه، والاصل ان مالك الحيوان هو حارسه، إلا إذا أثبت المالك أن الحراسة وقت وقوع الضرر كانت لغيره، مثل إعارة الحيوان أو إجارته. وتنتقل الحراسة برضا المالك أو بغير رضاه، فالسارق يعد حارسا للحيوان.

وتظل الحراسة للمالك حتى لو ضل أو تسرب، وحتى لو كان فى يد السايس أو الخادم لان هؤلاء يسيطرون على الحيوان لحساب المالك الذى تبقى له السيطرة الفعلية. ويشمل إصطلاح الحيوان كل أنواع الحيوانات، الاليف وغير الاليف.

٢- وقوع الضرر للغير بفعل الحيوان: وينبغى أن يصدر الضرر عن فعل ايجابى للحيوان، فمن يتعثر فى جسم حيوان نائم فيقع ويصاب لا يستطيع ان ينسب الضرر الى الحيوان. ولا يلزم لنسبه الضرر الى الحيوان ان يحدث تلامس بينه وبين المضرور، بل يكفى ان يكون الضرر من تأثيره ولو عن بعد، كمن يصاب بذعر نتيجة ظهور حيوان مفترس ويصاب باذى نتيجة عبوره السريع للطريق.

والضرر الذى يسأل عنه الحارس هو ذلك الضرر الذى يقع للغير ويعتبر من الغير تابع الحارس أو السايس.

أساس المسئولية ودفعها:

تقوم مسئولية حارس الحيوان على فكرة الخطأ فى الحراسة، والخطأ هنا مفترض لا يطالب المضرور باثباته، ولا يقبل اثبات العكس، أى لا يستطيع الحارس إثبات أنه قام بالحراسة الكافية، وكل ما يمكنه هو

نفى علاقة السببية أى اثبات أن الضرر قد وقع بسبب أجنبى عن الحارس كحادث فجائى أو قوة قاهرة أو خطأ الغير.

الفرع الثانى

مسئولية حارس الأشياء

كل من تولى حراسة أشياء تتطلب عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه، هذا مع عدم الاخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة.

حراسة أشياء:

وتكون الحراسة لمن له السيطرة الفعلية على الشيئ، أى كحارس الحيوان، فإن حارس الشىء هو من له استعمال وتوجيه ورقابة هذا الشيئ.

وتثبت الحراسة من حيث الأصل لمالك الشيئ، ما لم يثبت هذا الأخير أن الشيئ وقت وقوع الضرر كان في حراسة غيره.

وتنتقل الحراسة من المالك إلى الغير سواء بارادته (الاتفاق) مثل المنتفع والمستأجر والمستعير للشيئ والميكانيكى الذى يقوم باصلاح الآلة، وقد تنتفل رغما عنه كما فى حالة السرقة، فالسارق يعتبر حارسا للشيئ المسروق.

والأشياء التى تحتاج إلى عناية خاصة هى الأشياء المادية غير الحية. وقد تكون الأشياء خطرة بطبيعتها مثل الأسلحة والمفرقعات والمواد الكيماوية، وقد تكون كذلك بحسب الظروف الملابسة لها كالأشجار اذا مال جذعها لقدمها والسلم المدهون بمادة لزجة تجعل الانزلاق عليه أمراً

محتملاً، فقد يكون الشيئ غير خطر بطبيعته ولكنه يصبح كذلك فى ظروف معينة بالذات مما يستوجب حراسته.

حدوث ضرر بفعل الشيئ:

فلا تتحقق مسئولية حارس الشيئ إلا اذا وقع ضرر من فعل الشيئ، وأن يحدث هذا الضرر نتيجة لحركة إيجابية من جانب الشيئ الخطر، كأن تدهم السيارة عابراً أثناء تحركها. ويستوى أن ينتج الضرر عن حركة ذاتية للشيئ، أو فى حالة ما اذا كان بيد إنسان تحركه (كالعامل)، فلا يلزم إثبات خطأ الإنسان بل تقوم المسئولية مباشرة على عاتق الحارس على أساس الخطأ المفترض فى جانبه.

أما اذا كان الشيئ ساكنا وقت حدوث الضرور فلا يسأل الحارس، فاذا سقط شخص على البلاط وجرح لا يكون مالك البلاط مسئولا. ولكن يمكن أن يكون الشيئ ساكنا أى تدخل سلبيا فى إحداث الضرر وذلك فى حالة ما اذا كان فى وضع شاذ أو معيب. فعندئذ يكون الحارس مسئولا عما يحدثه من ضرر للغير، وذلك كمن يضع سيارته فى مكان غير معد لذلك فتصطدم بها سيارة ويصاب الركاب.

أساس المسئولية- افتراض الخطأ:

تقوم مسئولية حارس الاشياء على أساس خطأ مفترض فى جانب الحارس، فلو كان قد قام بالحراسة اللازمة لما أفلت زمام الشئ، من صاحبه. وهذا هو الخطأ المفترض الذى لا يكلف المضرور باقامة الدليل عليه.

ولا يستطيع الحارس أن ينفى الخطأ عن نفسه باثبات أنه قام بواجب العناية، إلا أنه يستطيع دفع المسئولية بنفى علاقة السببية بين الخطأ

المفترض والضرر ويكون ذلك باثبات السبب الاجنبى أى باثبات القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه.

الفرع الثالث

مسئولية حارس البناء

حارس البناء ولو لم يكن مالكاً له، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر، ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت ان الحادث لا يرجع سببه الى اهمال فى الصيانه أو فى قدم البناء أو عيب فيه. ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء ان يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر، فاذا لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه.

شروط المسئولية:

يلزم لقيام مسئولية حارس البناء شرطان:

١- وجود البناء في حراسة المسئول: وحارس البناء هو من له السيطرة الفعلية عليه أى أن يكون مكلفاً بحفظه وصيانته بحيث يرمم القديم منه ويصلح المعيب فيه حتى لا يصيب الغير ضرر منه.

والسيطرة تكون فى الاصل للمالك، اذ يفترض أنه حارس البناء، الا اذا أثبت العكس، فالحراسة يمكن ان تكون لغير المالك كصاحب حق الانتفاع والمرتهن رهن حيازة وللمقاول طوال فترة البناء حتى تسليمه. اما المستأجر فلا يعد حارساً للبناء لان الالتزام بالصيانة يبقى، في أغلبه، على المالك، وبائع العقار بعقد إبتدائي يكون حارسًا له ولا تنتقل الحراسة الى المالك الجديد الا بتسليمه له.

ويقصد بالبناء كل مكان مشيد من الطوب أو الحجر أو الخشب أو الحديد أوغير ذلك من المواد، ايا كان موقعه أو الغرض المعد له مثل المنازل، والكبارى والخزانات.

٢- وقوع الضرر من تهدم البناء: يشترط لقيام مسئولية الحارس ان يكون هناك ضرر وان ينشأ هذا الضرر عن تهدم البناء وان يكون هذا التهدم راجعا الى اهمال صيانته أو قدمه أو عيب فيه.

والتهدم عبارة عن تفكك البناء وانفصال اجزاءه كلياً أو جزئياً كسقوط السقف أو انهيار السلم أو الشرفة.

فالحارس لا يسأل اذا انزلق شخص على سلم غير معيب فسقط واصيب بكسور، ولا يسأل كذلك عن انهدام البناء بسبب انفجار آلة فيه أوالحريق، ولكن قد تثور مسئوليته على أساس آخر.

اساس المسئولية ودفعها:

تقوم مسئولية حارس البناء على أساس الخطأ المفترض فى جانبه أى الاهمال فى صيانة البناء أو وجود عيب فيه أو قدمه. وهذا الخطأ قابل لاثبات العكس، أى يمكن للحارس اثبات ان البناء لم يكن فى حاجة الى اصلاح أو تجديد أو صيانة لانه قد قام بكل ما يلزم. ويستطيع الحارس نفى مسئوليتة عن طريق اثبات السبب الاجنبى، أى أن الضرر قد وقع بفعل القوة القاهرة كالحرب أو بفعل خطأ الغير.

ومن التطبيقات القضائية:

قضاء محكمة النقض ان مالك العقار مطالب بتعهد ملكه وموالاته باعمال الصيانة والترميم، فاذا قصر كان مسئولاً عن الضرر الذى يصيب الغير بهذا التقصير.

وقضت بان تمسك مالك البناء بان العين المملوكة له مؤجرة للغير وبذا انتقلت حيازتها القانونية لهذا الغير، وبانه اشترط عليه ان يقوم هو بالتصليحات اللازمة، واذن فان المسئولية عن الضرر الذى وقع تنتقل الى المستأجر، فذلك لا يجديه فى دفع المسئولية عنه، ولكنه لا يمنعه من الرجوع على المستأجر منه اذا رأى انه مسئول أمامه.

وقضت بان المالك دون المستأجر هو المطالب بتعهد ملكه وموالاته باعمال الصيانة والترميم، فاذا قصر فى ذلك كان مسئولا عن الضرر الذى أصاب الغير بهذا التقصير ولا يعفيه من المسئولية ان يكون المستأجر قد التزم قبله بان يقوم باعمال الترميم والصيانة الازمة للعين المؤجرة، اذ على المالك اخلاء لمسئوليته ازاء الغير أن يتحقق من قيام المستأجر بما التزم به فى هذا الشأن.

وقضت بان عدم ازعان المجنى عليهم لطلب الاخلاء الموجه اليهم أو تراخى باقى ملاك العقار عن اجراء الترميم لا ينفى عن الطاعن الخطأ المستوجب لمسئوليته اذ يصح فى القانون ان يكون الخطأ الذى أدى الى وقوع الحادث مشتركا بين المتهم وغيره فلا ينفى أخطأ أحدهما مسئولية الآخر.

وقضت بان الاصل المقرر فى القانون أن من يشترك فى اعمال الهدم والبناء لا يسأل الا عن نتائج خطئه الشخصى، فصاحب البناء لا يعتبر مسئولا جنائيا أومدنيا عما يصيب الناس من الأضرارعن هدم البناء بسبب عدم اتخاذ الاحتياطات المعقولة الا اذا كان العمل جارياً تحت ملاحظته وأشرافه الخاص، فاذا عهد به كله أو بعضه الى مقاول مختص يقوم بمثل هذا العمل عادة تحت مسئوليته، فهو الذى يسأل عن نتائج خطئه.

المطلب الرابع
تعو ض الضرر

تقوم المسئولية المدنية على أركان ثلاثة وهى الخطأ والضرر وعلاقة السببية. ويلتزم المسؤول بتعويض المضرور عن الضرر الذى لحقه. وقد عرضنا لركن الخطأ وعلاقة السببية، ونعرض هنا لركن الضرر والتعويض عنه.

الفرع الأول

الضـــرر

نعرض لمفهوم الضرر ثم نبين أنواعه، والعلاقة بينهما.

الغصن الاول

مفهوم الضرر

(أ) تعريف

الضرر هو الاخلال بمصلحة محققة مشروعة للمضرور فى ماله أو فى شخصه، أى الأذى الذى يصيب الشخص فى حق من حقوقه أو فى مصلحة مشروعة له.

والضرر هو الركن الجوهرى والأساسى فى المسؤولية التقصيرية، بل يمكن القول بأن الضرر قوام المسئولية المدنية، لأنه محل التزام بالتعويض، فالتعويض يستهدف جبر الضرر، ويتحدد مقدار التعويض بقدر الضرر.

وتتزايد أهمية الضرر كأساس للمسئولية فى القانون المعاصر، والتقليل من دور الخطأ فى هذا الصدد، وهذا هو الاتجاه الذى استقر عليه الفقه الاسلامى منذ عدة قرون، حيث يلتزم مباشر الضرر بالتعويض دون الحاجة الى البحث عن الخطأ، رغبة فى الحرص الشديد على جبر الضرر إعمالا لحديث الرسول عليه الصلاة والسلام «لا ضرر ولا ضرار». ولقد كان من شدة اهتمام الفقه الإسلامى بالضرر والعمل على جبره لضحيته، أن جعله وحده، كأصل عام، مناط الضمان، من غير ضرورة لان يقترن بوقوع الخطأ ممن أوقعه. فيكفى، لتحمل الشخص بالضمان، أن يؤدى فعله بذاته الى إلحاق الأذى بغيره.

(ب) شروط الضرر:

يشترط فى الضرر القابل للتعويض أن يمثل إخلالا بحق أو مصلحة مشروعة، وأن يكون محققاً.

١- الإخلال بحق أو مصلحة مشروعة: يتوافر الضرر بمجرد الإخلال بحق أو مصلحة للمضرور، سواء كانت المصلحة مادية أو أدبية، وتتمثل غالبًا فى تحمل خسارة أياً كانت نوعها، ومن ثم إذا لم توجد الخسارة أو الكسب الفائت انتفى الضرر.

ومن أمثلة الضرر الناجم عن الإخلال بحق للمضرور، الاعتداء على حق الملكية بإتلاف المال، أو حق شخصى لدى الغير أو الحق الذهنى أو حق غيرمالى، كالحقوق السياسية والحق فى الحياة وسلامة الجسد وحق العقيدة والشرف والسمعة، وحرمان الاسرة من العائل. ومن الامثلة على الاخلال بالمصلحة، فقد الشخص عائله، فالقريب يضار بفقد الشخص الذى كان يعوله فعلا ولو لم يكن ملزما بذلك قانوناً.

ولكن يشترط ان تكون هذه المصلحة مشروعة، واذ لم تكن كذلك فلا تعويض. وتكون المصلحة غير المشروعة إذا كانت تخالف القانون أو النظام العام أو الآداب، فلا يجوز التعويض عن حرمان المضرور من ممارسة نشاطه غير المشروع ، فتاجر المخدرات ليس له الحق فى التعويض عن العطل الناجم عن الحادث، عن ممارسة نشاطه، وليس للخليلة أن تطالب بتعويض عن ضرر أصابها من قتل خليلها.

ويجب ان تكون المصلحة شخصية تخص الشخص فى شخصه أو فى ماله، فالتعويض لا يكون إلا عن الضرر الذى يلحق المضرور. والحق فى التعويض لا يثبت إلا للمضرور أو نائبه أو خلفه، فلا يمكن للشخص المطالبة بالتعويض عن ضرر لم يصبه.

٢- يجب ان يكون الضرر محققاً: أى حالاً بأن يقع بالفعل، أوسيقع

حتماً فى المستقبل. ففى حال الاصابة الجسمانية التى تؤدى الى العجز، يكون التعويض عن الضرر الحال، والضرر الذى سيقع فى المستقبل، فقد يكون من المؤكد أن الاصابة ستسفر عن عجز دائم مستقبلاً. ويجوز الحكم بتعويض مؤقت يحقق للمضرور المطالبة بتكملته بعد ان يستقر الضرر كما سنرى فيما بعد.

أما الضرر الاحتمالى، فهو غير محقق الوقوع ولا يستحق عنه التعويض إلا إذا وقع فعلاً، فمجرد احتمال وقوع الضرر فى المستقبل لا يكفى للحكم عنه بالتعويض.

وتفويت الفرصة يختلف عن الضرر الاحتمالى، فالحرمان من الفرصة هو ضرر محقق ولو كانت الافادة منها أمراً محتملاً، ومن ثم فهى تدخل فى عناصر التعويض، لذلك قضى بتعويض الأبوين عن الأمل فى ان يستظلا برعاية ابنهما الذى فقد فى الحادثة، فبفقده فاتت فرصتيهما بضياع أملهما في العون. والضرر المتمثل فى مجرد فوات فرصة دخول الامتحان، ولا يمتد الى الحرمان من النجاح لأنه أمر محتمل. كما سنرى.

(جـ) أنواع الضرر وصوره:

الضرر القابل للتعويض يمكن أن يكون مادياً أو أدبياً، كما قد يكون الضرر جسمانياً، وهو أوسع وأهم صور الضرر الذى سنعرض له بالتفصيل. والضرر قد يصيب شخص طالب التعويض (المضرور الأصلى) وقد يمس مورثه، وقد يمس عن طريق الارتداد شخصاً آخر (الضرر المرتد). كما سنرى بالتفصيل.

ويتمثل الضرر المادى فى المساس بمصلحة مالية أو اقتصادية للمضرور، فالضرر المادى هو الذى يتعلق بالذمة المالية، وهو يتمثل فى كل ما يلحق بالمضرور من خسارة مالية أو ما يفوته من كسب. وتلك الامور يمكن تقييمها بمبلغ من النقود. ويقصد بذلك كل افتقار يتعرض

له المضرور بسبب الفعل الضار مثل تلف شئ، أو ضياع حق مالى، أو ما يتحمله من نفقات فى إصلاح الشئ، فمثلاً يتمثل ضرر مالك السيارة التالفة فى الحادث فى قيمة التلف والاصلاح، ومدة التعطل، ونقص القيمة بعد الاصلاح. والمصاب فى الحادث يتمثل ضرره المادى فى نفقات العلاج وما فاته من كسب بسبب العجز عن العمل والتعطل والربح الذى يفوت التاجر مثلاً.

أما الضرر الادبى، فيشمل كل ما يحل بالشخص من أذى فى حق أو مصلحة غير مالية، كالعاطفة أوالشعورأوالكرامة أوالشرف، مثل الآلام الجسمانية والنفسية الناتجة عن التشوه أو المساس بالسمعة والعقيدة، والأسى والحزن واللوعة بسبب فقد عزيز، وفقد مباهج الحياة كما سنرى.

(د) إثبات الضرر:

يقع عبء إثبات وقوع الضرر على عاتق المضرور طالب التعويض. ويجب إثبات وجود الضرر ومداه. والضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الاثبات، ومنها شهادة الشهود والقرائن.

ويجب ان يتم تقدير الضرر فى إطار الظروف الملابسة للمضرور وذلك لتحديد مدى الضرر الفعلى الذى حل به، والعبرة بما صار اليه الضرر وقت الحكم، لا بما كان عليه عند وقوعه. ولا شك ان الخبرة الفنية تلعب دوراً هاماً فى إثبات الضرر وتقديره.

إن حصول الوقائع المكونة للضرر واستخلاص ثبوته أو نفيه من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع دون تعقيب عليها فيه، ولكن يجب ان تعتمد المحكمة فى تقديرها على أسباب سائغة.

أما تكييف الوقائع بانها ضرر محقق أو ضرر محتمل، وكذلك الفصل فيما اذا كان الضرر الأدبى يجب التعويض عنه، وتعيين عناصر

الضرر الداخلة فى حساب التعويض، فهذه كلها من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض.

الغصن الثاني

عناصر الضرر في حالة الإصابة

يتمثل ضرر المصاب فى شقين: شق مالى، وآخر معنوى.

أولاً: الجانب المالى للضرر فى حالة الإصابة

يشمل الجانب المالى للضرر فى حالة الإصابة كل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب.

(أ) الخسارة التى تلحق المصاب:

يمكن حصر الخسائر التى تلحق المصاب فى نوعين:

١- نفقات العلاج (أطباء، فحوص، أدوية، جراحة، إقامة بالمستشفيات، نقل الدم، أجهزة تكميلية أو تعويضية...)

٢- ويدخل فى الخسارة التى تلحق المصاب، النفقات الاضافية التى يمكن ان تترتب على أصابته، كضرورة الاستعانة بأجهزة أضافية كدراجة أو سيارة فى حالة الشلل، أوالحاجة إلى شخص يعينه فى قضاء أموره المعيشية، أو ضرورة تغيير مسكنه ليتناسب مع عجزه.

(ب) الكسب الفائت بالنسبة للمصاب:

يتمثل الكسب الفائت فى كل الآثار الاقتصاديةالسلبية للاصابة على نشاط المضرور الحال والمستقبل فى مجال عمله، سواء تعلق الأمر بقعوده عن ممارسة نشاطه خلال فترة العلاج أو بعجزه الدائم كلياً أو جزئياً عن القيام بعمله أو بتفويت فرصة المضرور فى تحقيق أهداف معينة.

(جـ) تفويت الفرصة:

ويعتبر من قبيل الكسب الفائت تفويت الفرصة. فالقاعدة أن التعويض يقتصر على الضرر المحقق ولو كان مستقبلاً، أما الضرر المحتمل فلا يعوض عنه. ومناط التعويض عن الضرر المادى الناشئ عن تفويت الفرصة، أن تكون هذه الفرصة قائمة، وأن يكون الأمل فى الافادة منها له ما يبرره، فالقانون لا يمنع من أن يدخل فى عناصر التعويض ما كان للمضرور من رجحان كسب فوته عليه العمل غير المشروع. مثال ذلك حرمان الطالب المصاب من دخول الامتحان، وحرمان الفتاة من دخول مسابقة فى عمل معين. وذلك لأنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق.

ثانيا: الجانب الأدبى للضرر فى حالة الاصابة

يتمثل الجانب الأدبى للضرر، فى حالة الاصابة، فى كل ما يمر به المضرور من آلام ومعاناة أثناء فترة العلاج أو بعد ذلك بسبب ما قد ينجم عن الاصابة من تشوهات أو عجز كلى أو جزئى. ويمكن تصنيف تلك الآلام إلى أنواع ثلاثة:

١- الآلام الجسدية: التى يعانيها المضرور جراء الجروح أو التلف الذى يصيب الجسم.

٢- الآلام النفسية: وتضم كل المعاناة النفسية التى يمر بها المصاب بسبب المساس بتوازنه وتكامله الجسمانى وما يترتب على ذلك من مضايقات فى مسلك حياته الطبيعى، أى أن الآلام المذكورة تنشأ عن التشوهات أو العجز الذى يصيب الانسان، أو المضايقات الناجمة عن حرمانه من إشباع حاجاته الطبيعية والمألوفة فى الحياة. فالاصابة قد تتسبب فى إنقاص أو حرمان المضرور من أوجه تمتعه بحياته العادية.

مثال ذلك فقد المضرور لحاستى التذوق والشم، ولعل من التطبيقات الهامة فى هذا الصدد ما قد ينجم عن الحادث من إصابة المضرور بعجز جنسى مؤقت أو دائم. ويستوى أن يرجع ذلك الى تلف عضوى أو صدمة نفسية، ويلحق هذا الضرر المضرور شخصياً، وزوجته بالتبعية، أضف إلى ذلك تفويت الفرصة فى الانجاب.

ويدخل فى ذلك أيضاً الضرر المتمثل فى **فقد مباهج الحياة**، أى حرمان الشخص من ممارسة مباهج الحياة الاجتماعية والرياضية أو الهوايات الشخصية. فالاصابة التى تحرم الشخص من تلك المباهج تسبب ضرراً مشروعاً واجب التعويض، مثال ذلك الحرمان من ممارسة رياضة محببة أو هواية أو فن من الفنون، وحرمان الطفل المصاب من أن يحيا طفولته الطبيعية.

٣- آلام تصيب العاطفة والشعور والحنان: لذوى المضرور من جراء إصابته فى الحادث. إن هذا النوع من الضرر يبدو واضحاً ومؤكداً فى حالة الوفاة كما سنرى، إلا ان الفقه يتجه إلى إمكان التعويض عنه أيضاً فى حالة الاصابة، وإن كان من الصعب ان نتصور تعويضاً يعطى عن الضرر الأدبى، فى هذه الحالة لغير الأم والأب.

ونرى ترك الامر لقاضى الموضوع بحسب كل حالة على حدة، حيث يمكن أن يمتد الغم والأسى والحزن الناجم عن إصابة المضرور إلى الزوجة والأولاد، بالاضافة الى الوالدين. وإن كان من الصعب تصور إتجاه القضاء لدينا، إلى الحكم بالتعويض عن ذلك النوع من الأضرار فى ظل الوضع الراهن، حيث تميل المحاكم الى الحد من التعويض المقضى به فى هذا الصدد، والقضاء بمبلغ إجمالى عن كل من الضرر الأدبى والضرر المادى.

آثار التعويض عن هذا الفرع من الضرر جدلاً كبيراً فى الفقه

الفرنسى، إلا أن القضاء أقر المبدأ مشترطاً فى البداية أن تكون الاصابة وما تسببه من حزن وأسى ولوعة لذوى المضرور على درجة فائقة من الأهمية. ولكن القضاء تساهل الآن فى هذا الصدد، وأجاز امتداد التعويض إلى الاقارب والاصهار والأصدقاء، بل وأكثر من ذلك يقبل القاضى تعويض المالك عما يصيبه من حزن بسبب إصابة حيوانه (كلب أو حصان) أو تلف سيارته.

ولقد بدأت محكمة النقض المصرية السير فى هذا الاتجاه بقولها:

ان الضرر ركن من أركان المسئولية وثبوته شرط لازم لقيامها تبعاً لذلك. يستوى فى إيجاب التعويض عن الضرر أن يكون هذا الضرر مادياً أو أدبيا ولا يقصد بالتعويض عن الضرر الأدبى وهو لا يمثل خسارة مالية محو هذا الضرر وإزالته من الوجود إذ هو نوع من الضرر لا يمحى ولا يزول بتعويض مادى وكان يقصد بالتعويض ان يستحدث المضرور لنفسه بديلاً عما أصابه من الضرر الأدبى، فالخسارة لا تزول ولكن يقوم الى جانبها كسب يعوض عنها، وليس هناك من معيار لحصر أحوال التعويض عن الضرر الأدبى إذ كل ضرر يؤذى الانسان فى شرفه وإعتباره أو يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره يصلح أن يكون محلا للتعويض فيندرج فى ذلك العدوان على حق ثابت للمضرور كالاعتداء على حق الملكية ولذا فان إتلاف سيارة مملوكة للمضرور ويتخذها وسيلة لكسب الرزق و العيش يعتبر عدوانا على حق الملكية وحرمانا من ثمرته من شأنه أن يحدث لصاحب هذا الحق حزنا و غما وأسى وهذا هو الضرر الأدبى الذى يصوغ التعويض عنه، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد إلتزم هذا النظر فى بيان التعويض عن الضرر فأورد بأسبابه ان المطعون ضده فضلا عما أصابه من ضرر مادى قد حاق به ضرر أدبى يتمثل فيما ألم به من هم وحزن لتحطيم سيارته وضياع مصدر رزقه فإنه يكون قد خلص صحيحًا الى كفاية واقعة إتلاف مال مملوك للمضرور يتعيش منه لتحقيق الضرر الأدبى ووجوب التعويض عنه.

الغصن الثالث

عناصر الضرر في حالة الوفاة

إذا أدى الحادث إلى وفاة المجنى عليه، فإن مؤدى ذلك إصابة المتوفى مباشرة بأضرار معينة يستحق عنها التعويض، وينتقل هذا التعويض منه، إلى ورثته، لذا يطلق عليه مصطلح «الضرر الموروث» أو بمعنى أدق «التعويض الموروث»، ويرتبط بالوفاة إصابة ذوى المتوفى بأضرار محددة، تسمى بالضرر المرتد أو الضرر غير المباشر. وينطوى ذلك النوع من الأضرار على جانبين أحدهما مالى والآخر أدبى، وتجرى المحاكم لدينا على أن التعويض يمكن أن يشمل، فى حالة الوفاة، عناصر ثلاثة: تعويض عن الضرر المادى، آخر عن الضرر الأدبى، وثالث موروث. ونعرض فيما يلى لكل من الضرر الموروث والضرر المرتد.

أولاً: الضرر الذى يصيب المتوفى

(الضرر الموروث أو التعويض الموروث)

يمكن أن يؤدى الحادث إلى وفاة المضرور مباشرة، أو إصابته إصابة تودى بحياته بعد فترة زمنية معينة وعلى ذلك فإننا يمكن أن نوجد بصدد ثلاثة أنواع من الأضرار: الأضرار الواقعة خلال فترة الإصابة، الأضرار الواقعة قبيل الوفاة الفورية، الأضرار الناجمة عن فقد الحياة، هذا بالإضافة إلى ضرر آخر يتمثل فى مصاريف الجنازة والدفن.

والضرر الذى يلحق الشخص فى تلك الحالات، ينتقل الحق فى التعويض عنه إلى الورثة، حيث يطالبون بتعويض عن ضرر لحق مورثهم، لذا يسمى بالضرر الموروث، والحقيقة أن الضرر ليس موروثاً وإنما الذى يورث هو الحق فى التعويض الذى نشأللمورث قبل وفاته، لذا فمن الأدق تسميته «بالتعويض المورث».

(أ) أضرار الإصابة التى تسبق الوفاة:

إذا تسبب الحادث فى إصابة المضرور جسدياً فترة زمنية معينة قبل وفاته، كان له الحق فى طلب التعويض، بنفسه أو بمن ينوب عنه، عن كل ما لحق به، من جراء الإصابة، من أضرار مادية وأدبية، كماسبق وعرضنا. ويجوز للمضرور التنازل صراحة أو ضمناً عن حقه فى التعويض. ولا محل لافتراض هذا التنازل وإستنتاجه من وفاة المضرور قبل أن ترفع دعوى التعويض.

وبالنسبة للأضرار المالية الناجمة عن الإصابة الجسدية، يدخل الحق فى التعويض عنها الذمة المالية للمضرور بمجرد وقوع الحادث، وينتقل التعويض إلى الورثة حتى لو حكم به بعد الوفاة، بل إن للورثة حق المطالبة بذلك التعويض بعد وفاة المضرور، مادام لم يكن قد تنازل عنه.

أما الأضرار الأدبية الناجمة عن الإصابة، فلا ينتقل الحق فى التعويض عنها إلى الورثة، إلا إذا كان المضرور قد طالب به أمام القضاء أو كان قد تحدد بمقتضى إتفاق. أماإن توفى المضرور قبل ذلك، فإن الحق فى التعويض عن تلك الأضرار ينقضى بانقضاء شخصيته، ولا يدخل فى ذمته المالية ولا ينتقل بالتالى إلى الورثة.

(ب) الأضرار التى تسبق الوفاة الفورية:

وتعبر محكمتنا العليا عن ذلك النوع من الأضرار بقولها: إذا نجمت وفاة المضرور عن فعل ضار من الغير فإن هذا الفعل لا بد أن يسبق الموت ولو بلحظة، ويكون المضرور فى هذه اللحظة أهلاً لكسب حقه فى التعويض عن الضرر الذى لحقه وحسبما يتطور هذا الضرر ويتفاقم، ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته، فإن ورثته يتلقونه عنه فى تركته، ويحق لهم بالتالى مطالبة المسؤول بجبر الضرر المادى الذى سببه لمورثهم، لا من الجروح التى أحدثها فحسب، وإنما أيضاً من الموت الذى

أدت إليه هذه الجروح باعتباره من مضاعفاتها. وتضيف في حكم آخر بأن: القول بامتناع الحق فى التعويض على المجنى عليه الذى يموت عقب الإصابة مباشرة وتجويز هذا الحق لمن يبقى حياً مدة بعد الإصابة يؤدى إلى نتيجة يأباها العقل والقانون وهى جعل الجانى الذى يقسو فى إعتدائه حتى يجهز على ضحيته فوراً فى مركز أفضل من مركز الجانى الذى يقل عنه قوة وإجراماً فيصيب المجنى عليه بأذى دون الموت، وفى ذلك تحريض للجناة على أن يجهزوا على المجنى عليه حتى يكونوا بمنجاة من مطالبته لهم بالتعويض.

مؤدى ذلك أن الوفاة الفورية فى الحادث لا بد وأن تسبقها، ولو بلحظة، إصابة ينتج عنها أضرار معينة للمجنى عليه، ويثبت له الحق فى التعويض عنها قبل وفاته، وينتقل هذا الحق إلى ورثته فيما يتعلق بالضرر المادى فقط، أما التعويض عن الضرر الأدبى الناجم عن ذلك، فلا يتصور فى هذه الحالة إنتقاله إلى الورثة، لأن المورث مات فى الحال فلا تتح له فرصة الاتفاق مع المسؤول، ولم يتسع الوقت له للمطالبة القضائية به.

(جـ) الأضرار الناجمة عن فقد الحياة:

تعبر محكمة النقض عن ذلك النوع من الأضرار بقولها: وفى إعتداء الجانى على المجنى عليه والقضاء على حياته إخلال بحقه في سلامة حياته وسلامة جسمه وهو أبلغ أنواع الضرر المادى الذى يلحق به عند الموت والذى فقد به أثمن شئ مادى يملكه وهو حياته، ولخلفه أن يطالب مكانه بتعويض هذا الضرر المادى باعتباره خلفاً عاماً له. وتضيف فى حكم آخر بأنه إذا كان الموت حقاً على كل إنسان إلا أن التعجيل به بفعل الغير عمداً أو خطأ يلحق بالمضرور ضرراً مادياً محققاً، إذ يترتب عليه حرمان المجنى عليه من الحياة فى فترة كان يمكن أن يعيشها لو لم

يعجل المسؤول عن الضرر بوفاته. وتضيف فى موضع آخر بأنه ولئن كان الموت حقًا وعلى كل إنسان إلا أن التعجيل به إذا حصل بفعل فاعل يلحق بالمجنى عليه ضرراً مادياً محققاً إذ يترتب عليه حرمان المجنى عليه من الحياة وهى أغلى ما يمتلكه الإنسان باعتبارها مصدر طاقاته وتفكيره.

مؤدى ذلك أن فقد الحياة يعتبر أقصى الأضرار التى تصيب الشخص وتستوجب التعويض، ومصدر الحق فى التعويض هو الفعل الضار الذى لا بد وأن يسبق الموت ولو بلحظة، كما يسبق كل سبب نتيجته، وفى هذه اللحظة يكون المجنى عليه لا يزال صالحاً لتعلق حق التعويض به، ومتى كان هذا الحق قد ثبت له وقت وفاته انتقل من بعده إلى ورثته. ويقتصر التعويض بطبيعة الحال على الضرر المادى، أما التعويض عن الضرر الأدبى الناشئ عن موت المجنى عليه فى الحال، فلم تتح له فرصة الاتفاق مع المسؤول، ولم يتسع الوقت للمطالبة القضائية به.

ويعبر البعض عن مضمون الضرر الناجم عن فقد الحياة بأنه «لا يعدو أن يكون ضرراً جسدياً بالغاً أقصى درجات الجسامة لأنه يتضمن الحرمان من كل القدرات البدنية والذهنية وثمارها فى عدد غير معين من سنوات الحياة، ومن ثم فإنه يتكون من جانبين ينبغى الفصل بينهما عند تقدير التعويض: أحدهما موضوعى ثابت يتمثل فى الحرمان من تلك القدرات فى سنوات الحياة المفقودة والثانى شخصى متحرك يتمثل فى الحرمان من ثمار تلك القدرات فى أثناء السنوات المفقودة، فبينما يوجد الأول من الناحية الموضوعية بقطع النظر عن التقدير الشخصى للمضرور، ولا يتبدل مضمونه أو نطاقه من مضرور إلى آخر، يتوقف الثانى فى وجوده ومداه على الظروف الشخصية الخاصة بكل مضرور على حده مثل طبيعة عمله ومدى كسبه من عمله قبل الإصابة».

(د) مصاريف الجنازة:

تندرج ضمن الأضرار التى تلحق المجنى عليه مصاريف الدفن والجنازة ومراسم التعزية من إستقبال ووجبات متعارف عليها. ويمكن المطالبة بتلك المصاريف باسم التركة حيث تدخل كدين ضمن عناصرها السلبية. ولا يجوز الاحتجاج بأن مثل تلك المصروفات حتمية الإنفاق آجلاً أو عاجلاً، ومن ثم لا يجوز طلب التعويض عنها، إذ يذهب غالبية الفقه والقضاء إلى أن الأمر يتعلق بالتعويض عن دفع تلك المصروفات قبل الأوان.

ثانياً: الضرر الذى يصيب ذوى المتوفى

(الضرر المرتد)

إن الضرر الجسمانى الذى يصيب المجنى عليه غالباً ما يكون مصدراً لأضرار أخرى تلحق الأشخاص الذين تربطهم به روابط معينة مادية أو عاطفية، حيث يترتب على إصابة أو وفاة المضرور الأصلى المساس بتلك الروابط، أى أن الضرر الذى يلحق هؤلاء الأشخاص يكون إنعكاساً للضرر الواقع بالمجنى عليه الأصلى لذا يطلق على هذا النوع من الأضرار مصطلح «الضرر المرتد».

يستقر الأمر فى غالبية النظم القانونية المعاصرة على تعويض الضرر المرتد، مع قيام الخلاف حول طبيعة هذا الضرر ومضمونه. ونكتفى فى هذا الصدد باستعراض أنواع الضرر المرتد التى يمكن التعويض عنها وهى: الضرر المالى، الضرر الأدبى، ضرر تفويت الفرصة.

(أ) الضرر المالى المرتد الناجم عن الوفاة:

إن وفاة المجنى عليه يمكن أن يترتب عليها المساس بالمصالح المالية المشروعة للغير، ويبدو ذلك واضحاً بالنسبة لذويه الذين يعولهم مادياً،

فهل يمتد التعويض ليغطى كافة الأضرار المالية المرتدة التى تلحق كل هؤلاء الأشخاص؟

التعويض عن فقد العائل: استقرت محكمتنا العليا على أن الضرر المالى المرتد الواجب جبره هو ما يسببه الحادث لذوى المتوفى فى فقد العائل الذى كان يعولهم فعلاً. وتصل محكمة النقض إلى تلك النتيجة من خلال التسلسل فى تطبيق المبادئ العامة، فهى تستهل الحكم ببيان معيار تعويض الضرر المرتد: «فإن أصاب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصًا آخر لابد أن يتوفر لهذا الأخير حق أو مصلحة مالية مشروعة يعتبر الإخلال بها ضرراً أصابه»، ثم تحصر ذلك النوع من الضرر فى حالة فقد العائل الفعلى: «والعبرة فى تحقق الضرر المادى للشخص الذى يدعيه نتيجة وفاة آخر هى ثبوت أن المتوفى كان يعوله فعلاً وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة».

يترتب على تلك المبادئ التى أرسلتها محكمة النقض عدة نتائج هامة هى:

١- إن العبرة بالإعالة الفعلية بغض النظر عن صلة القرابة أو الحق فى النفقة، فالعبرة بما هو كائن فعلاً لا بما ينبغى أن يكون، أى أنه ينبغى الاعتداد بالواقع الفعلى بصرف النظر عن وجود رابطة قانونية بين المضرور والمتوفى، وعلى ذلك يمكن الحكم بالتعويض لمن يثبت أن المتوفى كان يعوله وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة، وعندئذ يقدر القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائلة ويقضى له بالتعويض على هذا الأساس، أما أحتمال وقوع الضرر فى المستقبل فلا يكفى للحكم بالتعويض.

وتطبيقاً لذلك أدانت محكمة النقض الحكم الذى قضى بالتعويض لمن لم يثبت أن موروثهم القتيل هو الذى كان يقوم برعايتهم وأنهم حرموا بذلك من عائلهم الوحيد. «وإذا كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدهم المذكورين بالعين وأولادهم متزوجون، ولم يثبت على وجه اليقين قيام موروث كل منهم بالانفاق عليه وهو مناط إستحقاقه التعويض عن الضرر المادى فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يستوجب نقضه.

وإذا كانت العبرة بالإعالة الفعلية، فهل يعنى ذلك إمكان الحكم بالتعويض لأى شخص كان يعوله المجنى عليه حتى لو كان مجرد صديق له؟ إن تطبيق المعيار على إطلاقه يقتضى الإجابة بالإيجاب إلا أننا نتشكك فى قبول القضاء تلك النتيجة لأن الإعالة، فى مثل هذه الحالات، وإن كانت ثابتة إلا أن فرصة الاستمرار على ذلك ليست محققة، فالعلاقات بين الأشخاص تحتمل التغاير والتقلب، لذا نجد القضاء يقتصر عملاً على الاعتداد بالاعالة بين الأقارب الذين يقوم بينهم التزام مدني أو طبيعي بالنفقة حيث تثبت الإعالة الواقعية فيما بينهم ويتوافر فيها عنصر الاستمرار المحقق.

٢- يحق للزوجة، كقاعدة عامة، أن تطالب بالتعويض عن الضرر المادي بسبب فقد زوجها، ولها الحق في أن تطالب بذلك بصفتهاوصية على أولادها. ولا يجوز الحكم بالتعويض إذا انتفى هذا الأصل باثبات العكس، كما لو ثبت أن الزوجة كانت صاحبة دخل وفير تتولى منه الإنفاق على نفسها وبيتها بما فى ذلك زوجها العاجز عن الكسب عديم الدخل.

وبالنسبة للزوج، فالأصل أنه لا يجوز له المطالبة بالتعويض عن الضرر المادى بسبب وفاة زوجته لأنه هو المكلف شرعاً بالإنفاق. وتعبر محكمتنا العليا عن ذلك بقولها: «وحيث أن الطاعن تمسك فى دفاعه أمام المحكمة أن المطعون عليه نفسه وبصفته لم يصبه ضرر مادى نتيجة

وفاة زوجته لأنها لم تكن تعوله شخصياً ولا تجب عليها نفقته، كما أنه لم يثبت أنها كانت تعول أولاده القصر المشمولين بولايته على نحو مستمر دائم، غير أن الحكم المطعون عليه أغفل الرد على هذا الدفاع وقضى للمطعون عليه عن نفسه وبصفته تعويضاً عن الضرر المادى وهو ما يعيبه بالقصور فى التسبيب.

أما إذا ثبت أن الزوجة هى التى تعول الزوج، الذى لا دخل له، وأولاده القصر، أو كانت تعمل وتساهم فى المصروفات العائلية، كان للزوج المطالبة بالتعويض عن الضرر المادى بسبب وفاة زوجته.

٣- يرد على المعيار الاعالة قيد هام هو شرط مشروعية المصلحة التى يشكل الفعل الضار مساساً بها. فإذا كان المجنى عليه يعول خليلته بقصد استدامة العلاقة بينهما، لم يكن لها حق المطالبة بالتعويض عن الضرر المادى الذى أصابها نتيجة وفاته.

٤- تقصر محكمة النقض التعويض المادى عن الضرر المرتد، بمناسبة الوفاة، فى حالة فقد العائل، ومن ثم تستبعد كل ما عدا ذلك من صور الضرر المادى التى قد تصيب الغير ممن يتعاملون مع المجنى عليه، كالحائك والبقال، وحتى لو كان هذا الغير ممن تربطهم بالمجنى عليه علاقة تعاقدية معينة كالعامل وصاحب العمل والشريك.

(ب) الضرر الأدبى المرتد الناجم عن الوفاة:

ويتمثل فى كل ما يصيب عواطف وأحاسيس ذوى المتوفى من غم وأسى وحزن بسبب الوفاة. أصبح من المستقر بعد جدل كبير، مبدأ تعويض هذا النوع من الضرر. فى غالبية التشريعات المعاصرة مع وجود اختلاف حول نطاقه ومداه.

وبعد أن أقر مشرعنا مبدأ تعويض هذا الضرر تقرر أنه لا يجوز

الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية. وعلى ذلك يقتصر الحق فى طلب التعويض على كل من الزوج والزوجة والأب والجد والجدة (لأب أو لأم) والأولاد وأولاد الأولاد والأخوة والأخوات.

ولا يعنى إمكان تعويض الضرر الأدبى الواقع بالزوج وأقارب الدرجة الثانية. وجوب الحكم لهم جميعاً بالتعويض فى حالة وجودهم، فالأمر يتعلق بتعويض الضرر، ومن ثم ينبغى، طبقاً للقواعد العامة، طلبه من جهة، وإثبات وقوع الضرر من جهة أخرى، فالقاضى لا يقضى بالتعويض إلا لمن أصابه ألم حقيقى بموت المصاب. ومن المقرر أن استخلاص ثبوت الضرر أو نفيه من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع، ما دام الدليل الذى أخذ به فى فى حكمه مقبولاً قانوناً. ونظراً لأن الأمر يتعلق بمجرد أحاسيس يصعب تجسيدها وإقامة الدليل عليها، حتى من قبل أهل الخبرة، فإن القاضى غالباً ما يقضى بالتعويض لأى من هؤلاء الأقارب إذا طلبه ما لم تقم قرائن وملابسات هامة تتعارض مع وقوع الضرر الأدبى للمدعى. ولا يؤثر صغر السن على إستحقاق التعويض بحجة أن عديم التمييز لا يشعر بالحزن والأسى على وفاة قريبه.

ومن ناحية أخرى لا يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبى الواقع لغير هؤلاء الذين حددهم القانون على سبيل الحصر، مهما كانت صلة قرابتهم بالمتوفى، كالأعمام والعمات وأولاد الأخوة والأخوات، وأياً كانت درجة المعاناة والالآم النفسية التى أصابتهم من جراء وفاة المصاب، كالصديق والخطيب والخطيبة.

(جـ) الضرر المرتد عن تفويت الفرصة:

يستقر القضاء على إمكان التعويض عن تفويت الفرصة. ومن المتصور أن يترتب على وفاة المجنى عليه تفويت فرصة ما على أى من

ذويه، فهل يمكن طلب التعويض عن مثل هذا الضرر؟

تجيب محكمتنا العليا عن ذلك بالإيجاب، إلا أنها تحيط تلك الإجابة بقدر كبير من التحفظ من خلال إرساء المبادئ الاتية:

١- يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى أن يكون محققاً بأن يقع بالفعل أو بأن يكون وقوعه فى المستقبل حتمياً أما مجرد إحتمال وقوع الضرر فى المستقبل فإنه لا يكفى للحكم بالتعويض.

٢- إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق، ولا يمنع القانون من أن يحسب فى الكسب الفائت، وهو عنصر من عناصر التعويض، ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب ما دام لهذا الأمل أسباب مقبولة، ومن ثم فإن الحكم الذى يرفض طلب التعويض عن تفويت فرصة إستناداً إلى أن ذلك مجرد احتمال لا يصح أن ينبنى عليه حق، يتعين نقضه لأن هذا القول ينطوى على خطأ فى القانون.

فإذا كان الحكم المطعون فيه قد ذهب إلى وصف تفويت الفرصة على الطاعنين فى رعاية إبنهما فى شيخوختهما بأنها احتمال، فخلط بذلك بين الرعاية المرجوة من الابن لأبويه وهى أمر احتمالى وبين تفويت الأمل فى هذه الرعاية وهى أمر محقق، ولما كان الثابت فى الأوراق أن الطاعن الأول وقد بلغ سن الشيخوخة وأنه أحيل إلى المعاش قبل فوات خمسة أشهر على فقد ابنه الذى كان طالباً فى الثانوية العامة وقد بلغ من العمر ثمانية عشر عاماً الامر الذى يبعث الأمل عند أبويه فى أن يستظلا برعايته، وإذ إفتقداه فقد فاتت فرصتهما بضياع أملهما، فأن الحكم المطعون فيه إذ إستبعد هذا العنصر عند تقدير التعويض يكون قد خالف القانون.

ينبغى إذن التفرقة بين الفرصة وتفويت الفرصة، فالرعاية المرجوة من

الابن لأبيه أمر احتمالى (مجرد فرصة)، أما تفويت الأمل فى هذه الرعاية فهو أمر محقق ينبغى الاعتداد به كعنصر من عناصر التعويض عن الضرر المادى المرتد، وإن كانت الرعاية تشمل كذلك جانبًا نفسيًا ومعنويًا.

٣- يشترط للحكم بالتعويض عن تفويت الفرصة وجود أسباب مقبولة تبرر قيام الفرصة بالإضافة إلى الأمل الكبير فى نجاحها. وتعبر عن ذلك محكمة النقض بقولها: إذا كان مناط التعويض عن الضرر المادى الناشئ عن تفويت الفرصة أن تكون هذه الفرصة قائمة وأن يكون الأمل فى الإفادة منها له ما يبرره وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالتعويض عن الضرر المادى على ما أورده من أن الوفاة فوتت على المطعون ضدهما فرصة الأمل فى مساعدة ولدهما المتوفى الذى أنهى دراسته وأصبح قادراً على الكسب، دون أن يعنى ببحث ما أثاره الطاعن من أن المتوفى لم يكن لديه مالاً وأن المطعون ضده الأول كان ينفق عليه، وأن والدى المطعون ضدهما لم يكونا فى حاجة إلى مساعدته، مما لو صح لجاز أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فأنه يكون معيباً بالقصور.

وينبغى من جهة أخرى، أن يستظهر القاضى بوضوح فى حكمه تفويت الفرصة والمعطيات التى تبرر التعويض عنها، ولا يكفى مجرد الاسترسال فى ذكرها بعبارات عامة. وتبرز محكمتنا العليا ذلك بقولها: مجرد إحتمال وقوع الضرر فى المستقبل لا يكفى للحكم بالتعويض، لما كان ذلك وكانت محكمة أول درجة التى أيدت محكمة الأستئناف حكمها قد قضت للمطعون ضدها بالتعويض عن الضرر المادى قولاً منها بأن فى مثل بيئتها والقتيل يكون الابن عادة عدة أبويه وعمادهما وذخراً لهما ضد حاجة الزمن فى الشيخوخة دون أن تتحقق مما إذا كان العنصر المادى متوافراً أو غير متوافر باستظهار ما إذا كان المجنى عليه،قبيل وفاته، يعول والديه فعلاً على وجه دائم

مستمر أم لا حتى تعتبر وفاته إخلالا بمصلحة مالية مشروعة لهما، فضلاً عن سكوتها عن بيان عناصر ذلك الضرر المادى الذى اكتسبا التعويض على أساسه، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

٤- هل توجد تطبيقات أخرى للتعويض عن تفويت فرصة ما بسبب وفاة المجنى عليه، على أي من ذويه أو المتعاقدين معه؟

لم نعثر فى ملفات محاكمنا على تطبيقات من هذا القبيل. فالأمر قاصر، فى الغالب، على تفويت الفرصة فى الإعالة والعون. فهل مرد ذلك عدم عرض الأمر على القضاء أصلاً أم لأن المحاكم تميل إلى التضبيق من نطاق تقرير التعويض بصفة عامة؟ لعل الأمر راجع إلى الأمرين معاً.

ويختلف الأمر فى القضاء الفرنسى الذى يتوسع فى هذا الصدد رغم تأكيده على أنه لايجوز التعويض عن تفويت الفرصة إلا إذا كانت حقيقية وجادة وليست ذات طابع ظنى.

تستقر المحاكم الفرنسية على تعويض الخاطب أو المخطوبة عن فوات الفرصة فى إتمام الزواج بسبب وفاة الطرف الآخر، والتعويض عن فقد الأمل فى العون المادى، وتعويض الدائن عن فقد الأمل فى سداد القرض أثر وفاة المقترض.

(د) التفرقة بين الضرر الأصلي والضرر المرتد:

١- يقصد بالضرر الأصلي ذلك الذى يلحق المصاب شخصياً فى الحادث، ويتضمن شق مالي وآخر أدبي. ويتمثل الشق الأول فى كل ما يتكبده المضرور من نفقات كتكاليف العلاج وتوابعها (ما لحقه من خسارة) إلى جانب فقد الأجر فى مدة العلاج وفوات الفرص المالية التى كانت متاحة للمضرور فى حالة سلامته

(الكسب الفائت). ويدخل فى ذلك بطبيعة الحال تفويت الفرصة. ويتمثل الشق الأدبى فيما يعانيه المصاب من آلام جسدية ونفسية بسبب الإصابة أو التشوهات وما قد يستتبع من حرمانه من جمال ومتع الحياة.

وتختلف عناصر الضرر الأصلى فى حالة وفاة المجنى عليه بحسب ما إذا كانت الوفاة فورية أم لاحقة للإصابة. ففى حالة الوفاة الفورية نكون بصدد ضرر مادى يتمثل فى حرمان المجنى عليه من الحياة وهى أغلى ما يمتلكه الإنسان باعتبارها مصدر طاقاته وتفكيره والقضاء على جميع آماله فى الفترة التى يمكن أن يعيشها لو لم يعجل الجانى بوفاته، أما إذا كانت الوفاة نتيجة الإصابة بعد فترة من وقوعها، فإن الضرر يشمل إلى جانب الضرر الناجم عن الاصابة ذلك الناجم عن الوفاة.

ويعتبر التعويض عن الضرر الأصلى حقاً للمضرور ويجوز له المطالبة به أو التنازل عنه، فإذا طالب به حال حياته وحصل عليه إنتهى الأمر. أما إذا مات بعد رفع دعوى التعويض، كان للورثة الاستمرار فى تلك الدعوى من بعده - باعتبارها عنصراً من عناصر تركته التى تنتقل إليهم بوفاته للحصول على التعويض عن الضرر المادى والأدبى الذى حل بمورثهم.

وإذا مات المضرور قبل رفع دعوى التعويض، جاز لورثته المطالبة بالتعويض عن الضرر المادى الذى أصاب مورثهم سواء نتج هذا الضرر عن مجرد الإصابة، أو عن الموت، وسواء حدث الموت فور الحادث أو بعد الإصابة بفترة زمنية، ذلك أن الحق فى التعويض ينشأ من وقت وقوع الفعل الضار، ويدخل ذمة المضرور، وينتقل إلى ورثته، باعتباره عنصراً من عناصر التركة، بشرط ألا يكون المورث قد تنازل عن المطالبة

به، ولا محل لافتراض هذا التنازل وإستنتاجه من وفاته قبل أن ترفع دعوى التعويض. أما الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى الذى أصاب المورث فلا ينتقل إلى الورثة إلا إذا تحدد باتفاق المسؤول مع المضرور أو طالب به الأخير أمام القضاء.

٢- أما الضرر المرتد فيتمثل فى كل ما يصيب ذوى المجنى عليه من أضرار بسبب الإصابة أو الوفاة، وله شقان أحدهما مادى والاخر أدبى. ويتمثل الأول فى فقد العائل بالنسبة للمعالين أو تفويت الأمل فى الإعالة والعون. ويتمثل الثانى فى الألم الذى يلحق الزوج والأقارب إلى الدرجة الثانية من جراء موت المصاب.

الفرع الثانى

الالتزام بالتعويض

يترتب على قيام المسئولية التزام المسؤول بتعويض المضرور عن الضرر الذى لحقه، لذلك كانت المسئولية التقصيرية مصدراً للالتزام بالتعويض. ونتناول ذلك الالتزام من خلال بيان مفهوم التعويض وصوره، وأسس تقديره، ومدى جواز الجمع بين تعويضين، والدعوى التى ترفع للمطالبة به.

الغصن الأول

صور التعويض

التعويض هو جبر الضرر الذى يلحق المضرور. وتقدير التعويض المستحق للمضرور، قد يتم مباشرة عن طريق المشرع، وقد يقدر بالأتفاق، وقد يتولى القاضى تقديره. وطريقة التعويض قد تكون عينية أو نقدية.

(أ) التعويض القانوني أو الاتفاقي أو القضائي:

أولاً: التعويض القانوني: يقوم المشرع، فى بعض الحالات، بالتحديد المباشر والجزافى للتعويض المستحق للمضرور. مثال ذلك:

١- الفوائد التأخيرية، وهى تعتبر من حالات التحديد الجزافى للتعويض، وذلك عندما يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود، معلوم المقدار، ويتأخر المدين فى الوفاد به. هنا يقضى القانون باستحقاق الدائن تعويضاً، يتمثل فى صورة فوائد، عن الضرر الذى أصابه بسبب خطأ المدين الواقع بمجرد عدم الوفاء فى الميعاد.

٢- المسؤولية عن إصابات العمل، حيث يتولى التأمين الاجتماعى تعويض الأضرار الناتجة عن إصابة العمل التى تحدث للعامل أثناء أو بسبب العمل، إذ يتقاضى العامل تعويضاً جزافياً محدداً طبقاً لأسس معينة ثابتة.

٣- مسئولية الناقل: تتضمن بعض التشريعات الخاصة بالنقل تحديد مسئولية الناقل سواء فيما يتعلق بتحديد الحد الأقصى للتعويض الذى يلتزم به أو بشروط انعقاد المسئولية، وعلى ذلك لا يستطيع المضرور، أيا كانت صفته أو شخصه، مطالبة الناقل بالتعويض إلا فى إطار ذلك التحديد. مثال ذلك معاهدة بروكسل للنقل البحرى، واتفاقية فارسوفيا للنقل الجوى، والاتفاقية الدولية للنقل بقطارات السكك الحديدية.

ثانياً: التعويض الاتفاقى: إذا تحققت الواقعة المنشئة للمسؤولية ونشأ التزام المسؤول بالتعويض، فإنه يجور الاتفاق بين المضرور والملتزم بالتعويض على تحديده وطريقة دفعه، بل ويمكن للمضرور إبراء المسؤول من التعويض كلية.

ولكن مثل هذا الاتفاق لا يكون صحيحاً إلا بعد نشوء الالتزام

بالتعويض، أى بعد تحقق المسؤولية بالفعل. أما قبل قيام المسؤولية، فإنه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء الكلى أو الجزئى منها. فمن المقرر أنه يقع باطلاً كل شرط يقضى بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع.

وهذا الاتفاق، رغم ندرته إلا أنه من المتصور بالنسبة للمسؤول المحتمل الذى يدرك الآثار الضارة المحتمل وقوعها فى دائرة نشاطه، ويكون على علاقة بمن يحتمل إصابته بضرر من ذلك. ويمكن تصور ذلك فى حالة النقل المجانى ومضار الجوار.

والهدف من ذلك الحظر هو حماية المضرور، لذلك يقتصر الأمر على شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية، أما الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية لصالح المضرور فهو جائز، كالاتفاق على تحمل المسؤول عبء القوة القاهرة، حيث يترتب عليه ضمان المسؤول بتعويض الضرر.

ثالثاً: التعويض القضائى: يتولى القاضى، عند توافر شروط المسئوولية، تقدير التعويض اللازم لجبر الضرر.

(ب) طريقة التعويض: نقدى أو عينى:

التعويض الذى يحكم به القاضى للمضرور، جبراً للضرر الذى لحقه، قد يكون نقدياً وقد يكون عينياً.

والتعويض العينى يتمثل فى إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقرع العمل غير المشروع، فهو يزيل الضرر الناشئ عنه، كهدم حائط مبنى بدون وجه حق، أو سد مطل فتح دون ترك المسافة القانونية، أو إزالة المدخنة أو تغيير موضعها، أو الحكم بإلزام المسؤول بإصلاح التلف الحادث، مثل إصلاح السيارة التي تم إتلافها في الحادث.

ويجوز فى بعض الظروف، أن يحكم القاضى بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، كنشر الحكم فى الصحف على نفقة المحكوم عليه، لتعويض ضحية القذف والسب عن الضرر الأدبى الذى أصابه. وإن كان مثل هذا التعويض لا هو بالعينى، ولا هو بالمالى، ولكنه قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف فى بعض الصور.

إذا كان التنفيذ العينى هو الأصل فى المسئولية العقدية، فعلى النقيض من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ إلا منزلة الاستثناء فى نطاق المسؤولية التقصيرية، والأصل فى التعويض أن يكون مبلغاً من المال يحصل عليه المضرور لجبر الضرر.

والتعويض النقدى هو الأنسب والأصل فى مجال المسؤولية التقصيرية، حيث يتفق وطبيعة الضرر ويفضله المضرور عادة فى حالات الضرر الأدبى والجسمانى حيث يستحيل التنفيذ العينى، وحتى عندما يتمثل الضرر فى المساس بشئ يفضل المضرور النقود ليصلح الشئ أو يستبدله.

لذلك فأنه لا يجوز للمحكمة الحكم بالتعويض العينى إلا بناء على طلب المضرور، أما إذا طلب التعويض النقدى، فلا يستطيع القاضى الحكم بإلزام المسؤول بشئ آخر، كإصلاح الشئ التالف، ولو عرض المسؤول ذلك.

ومن جهة أخرى فانه إذا طلب المضرور التعويض غير النقدى، فالقاضى لا يستجيب إلى هذا الطلب إلا إذا كانت الظروف تبرر ذلك. وتقدير مدى ملائمة الظروف يدخل فى إطار السلطة التقديرية للقاضى، فالحكم بالتعويض غير النقدى أمر جوازى للقاضى، فهو يقدر على ضوء الظروف ماإذا كان طلب المضرور مناسباً أم غير مناسب، فقد يرى أنه من الأنسب الاقتصار على تعويض نقدى.

الغصن الثاني

تقدير التعويض

إن تقديرالقاضى للتعويض تحكمه عدة ضوابط ومبادئ أساسية هى:

(أ) مبدأ الجبر الكامل للضرر:

إن الهدف من المسؤولية المدنية هو جبر الضرر، وذلك بإعادة المضرور إلى الوضع الذى كان عليه قبل حدوث الضرر، أى إعادة التوازن الذى الذى اختل نتيجة للضرر، فالتعويض يجب ألا يتجاوز قدر الضرر من جهة، ويتعين ألا يقل عنه، من جهة أخرى.

ويشمل التعويض كل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، بالإضافة إلى تعويض الضرر الأدبى. ويحيط التعويض بكل الضرر المباشر، دون تفرقة بين الضرر المتوقع وغير المتوقع، فكلاهما يجب التعويض عنه، بخلاف الحال فى المسؤولية العقدية.

ويتمثل التعويض عادة فى صورة مبلغ محدد من النقود. ويجوز للقاضى أن يحكم به فى صورة أقساط أوإيراد مرتب، إذا رأى فى ذلك الأسلوب المناسب لجبر الضرر، كما فى حالة العجز المؤقت أو الدائم عن العمل. ويجوز للقاضى، فى مثل هذه الحالة، إلزام المسؤول المدين بالتعويض بتقديم تأمين لضمان الوفاء به.

ولا يوجد فى القانون نص معين يلزم باتباع معايير معينة لتقدير التعويض، لذلك فأن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقديره، بشرط أن يكون هذا التقدير قائما على أسس سائغة لها ما يبررها فى الأوراق. وتقدير التعويض يعد من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع، ويجوز للمحكمة القضاء بتعويض إجمالى عن كافة عناصر الضرر، دون تحديد ما يخص كل عنصر على حده. ولكن تعيين

عناصر الضرر التى تدخل فى حساب التعويض هو من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض، لذا يتعين على محكمة الموضوع أن تبين فى حكمها عناصر الضرر التى قضت من أجلها بالتعويض، وأن تناقش كل عنصر منها على حده، وأن تبين وجه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته وإلا كان الحكم مشوباً بالقصور المبطل.

(ب) أثر الظروف الخاصة بالمسؤول:

ثار التساؤل عن مدى تأثير الظروف المتعلقة بالمسؤول فى تقدير التعويض، ومن أهم تلك الظروف: جسامة الخطأ، والمركز المالى والعائلى.

القاعدة أن تقدير التعويض مرتبط بمقدار الضرر، وينبغى أن يكون التعويض جابراً لكامل الضرر، بغض النظر عن أى إعتبار آخر. ومن أهم تلك الظروف: جسامة الخطأ والمركز المال والعائلى.

القاعدة أن تقدير التعويض مرتبط بمقدار الضرر، وينبغى أن يكون التعويض جابراً لكل الضرر، بغض النظر عن أى إعتبار آخر. ولكن عملية التقدير هى من الأمور النسبية التى يتأثر فيها القاضى بالظروف الملابسة.

ويتضح من الأعمال التحضيرية للقانون المدنى أنه ينبغى أن يعتد القاضى فى هذا الشأن بجسامة الخطأ وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف، ولكن الاعتداد بجسامة الخطأ أمر يتعارض مع هدف التعويض وطبيعته كوسيلة لجبر الضرر دون زيادة أو نقصان، وليس عقوبة أو جزاء. فليس من المعقول إنقاص التعويض لمجرد أن الخطأ يسير وزيادته إذا كان الخطأ جسيماً أو عمدياً.

ولا ينبغى أن يتأثر التعويض بالظروف الاقتصادية أو العائلية

للمسؤول. فسواء كان المسؤول غنياً أو فقيراً، لا يعول إلا نفسه أو يعول غيره، أمن على مسئوليته أم لم يؤمن عليها، فمثل هذه الظروف لا أثر لها في تقدير التعويض.

ولكن الناحية العملية تختلف عن المبادئ القانونية المجردة السابق عرضها، حيث تشير الشواهد إلى تأثر القضاء واقعياً عند تقدير التعويض، بالظروف الخاصة بالمسؤول من حيث اليسار والفقر، ووجود تأمين من عدمه، ودرجة جسامة الخطأ، فالقضاء يتساهل في الاعتراف بالمسؤولية وزيادة التعويض عند وجود التأمين، ويزداد مقدار التعويض في حالة يسار المسؤول وخطأه الجسيم، خاصة إذا كانت حالة المضرور تستوجب الرعاية، والعكس صحيح. ويسهل على القاضي مراعاة تلك الاعتبارات، تحقيقاً للعدالة، من سلطته في تقدير التعويض واقعياً بمبلغ إجمالي، هذا بالإضافة إلى مرونة التقدير في حالة الضرر الأدبي.

ولكن القاضي كبشر، عند تأثره بتلك الظروف الواقعية، لا يجوز له أن يفصح صراحة عن الاعتداد بها في حيثيات حكمه، وإلا كان مخالفاً للقانون. فليس للقاضي أن يذكر في حكمه بأنه أنقص أو زاد مقدار التعويض مراعاة للظروف الخاصة بالمسؤول. ولعل ما يساعد القاضي على ذلك هو ما يتمتع به من سلطة تقديرية من جهة، ورفض محكمة النقض اشتراط بيان الظروف الملابسة التي أدخلها القاضي في الاعتبار عند تقدير التعويض من جهة أخرى.

(جـ) أثر الظروف الخاصة بالمضرور:

- يجب تقدير التعويض بالقدر الذي يجبر الضرر كله، أي بما يتضمنه من كسب فائت وخسارة لاحقة، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك الظروف الملابسة للمضرور، ويندرج فيها الظروف الشخصية له، كحالته الصحية والمهنية وموارده ومدى تأثير

الإصابة عليها. فأقل تشويه للوجه بالنسبة للفتاة أو الممثلة يعتبر ضرراً جسيماً بالمقارنة للرجل العادى، ونفس الحكم بالنسبة لفقدان صوت المطرب، وبتر يد الرسام، وعجز رب الأسرة عن العمل يعتبر ضرراً أكبر مما لو كان لا يعول إلا نفسه.

- لعله من الممكن تحديد مقدار الكسب الفائت، بسبب القعود عن العمل أثناء فترة العلاج، على ضوء متوسط دخل المضرور خلال فترة معينة، إلا أن الصعوبة تثور بصدد معيار تقدير الضرر فى حالة تكشف الإصابة عن عجز دائم كلى أو جزئى.

يمكن القول بوجوب تقدير الضرر على ضوء ظروف المضرور الشخصية وطبقاً لمصادر دخله وإمكانياته الاقتصادية. ومدى تأثير درجة العجز الناجمة عن الإصابة على ذلك الوضع. لا شك أن هذا المعيار ينطوى على قدر من العدالة حيث يزداد فى حالة ما إذا كان المضرور يتمتع بامكانيات كبيرة تدر عليه دخلاً وفيراً، والعكس صحيح . وتبدو أهمية هذه المسألة كذلك فى مجال تعويض الضرر الأدبى الذى يتفاوت تقديره بحسب الوضع المادى والأجتماعى للمضرور. إلا أن ذلك يتنافى مع العدل حيث ينطوى المعيار على قدر من الأجحاف بالضعفاء الأولى بالرعاية، فالمصاب صاحب الدخل المحدود يحكم له بتعويض ضئيل فى حالة عجزه، وفى كثير من الأحيان تكون نسبة العجز بسيطة ولا يتأثر بها نشاط المضرور، ويستتبع ذلك القول بعدم قيام الضرر، وبصفة خاصة بالنسبة للمسنين، وحرمانهم، بالتالى من التعويض.

لذا يعول البعض على نسبة العجز الجسمانى فقط بغض النظر عن تأثيرها على الظروف الشخصية وآثارها الاقتصادية بالنسبة للمضرور، فالتعويض يقدر بصفة موضوعية مجردة طبقاً لمعيار المضرور العادى أو المتوسط. وهذا المعيار الذى يحقق العدل يجافى منطق العدالة حيث

يهدر الظروف الشخصية للمضرور، فقطع الساق يكون أشد ضرراً في حالة عامل البناء مقارناً بالموظف الإداري الذي يمكنه الاستمرار في أداء عمله، وبناء عليه فإن الاتجاه السائد في النظم القانونية الحديثة هو وجوب الأخذ في الاعتبار ظروف المدين الشخصية عند تقدير الضرر، أي التقدير الذاتي للضرر.

- تثور الصعوبة أمام تعدد مستويات العلاج ودرجاته، فهل يتم تقدير النفقات على أساس موضوعي طبقاً لمقتضيات العلاج المعتادة والمتعارف عليها أم على أساس شخصي طبقاً لمقدرة المضرور ومكانته الاجتماعية ونفقات أمثاله. وهل يعتد بما تم إنفاقه فعلاً أياً كان مقداره أم بما ينبغي أن ينفق. أي هل يختلف الحكم بحسب ما إذا كان المصاب موسراً وأنفق مبالغ كبيرة أم كان معسراً ولم ينفق إلا أقل القليل في هذا الصدد؟

ولا تثور تلك الصعوبة في الدول المتقدمة التي يزدهر فيها نظام التأمين الاجتماعي حيث يتولى تغطية نفقات العلاج، ويرجع بما أنفقه على المضرور. فالمبالغ تحددوتقدر من جهات رسمية بالنسبة للجميع دون تفرقة، ومن ثم لا محل للمنازعة فيها، ولا شك أنه يمكن الاسترشاد بذلك لدينا في حالة المصاب المستفيد من التأمين الصحي. وفي غير ذلك من الحالات يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في تحديد التعويض الذي يراه بنفسه وله أن يستعين بأهل الخبرة.

وتقضي العدالة بألا يضار الفقير من فقره. فإذا كانت ظروفه لم تمكنه من الإنفاق الكافي لعلاج الإصابة، فلا ينبغي أن يترتب على ذلك حرمانه مما كان سيحكم له به في حالة إنفاقه. ومن الصعب القول باستفادة المضرور الموسر من يساره وذلك بالحكم له بكل ما أنفقه للعلاج في الأماكن المتميزة؟ (المستشفيات الاستثمارية مثلاً). ولعل

الهادى أمام القاضى فى هذا الصدد هو المعيار القانونى العام ألا وهو مقياس الرجل المعتاد، أى النفقات الطبية الضرورية والمتعارف عليها لعلاج الإصابة.

(د) وقت تقدير التعويض:

- إذا كان الحق فى التعويض أى الحق فى إصلاح الضرر ينشأ منذ إستكمال أركان المسئولية، وبصفة خاصة منذ وقوع الضرر، إلا أن هذا الحق لا يتحدد إلا بصدور حكم القاضى، فهذا الحكم لا ينشئ الحق بل يكشف عنه. والحكم وإن لم يكن مصدر الحق فى التعويض، إلا أن له أثراً محسوساً فى هذا الحق، فهو الذى يحدد عناصره وطبيعته ويجعله مقوماً بالنقد. فحق المضرور إن كان ينشأ من يوم تحقق الضرر إلا أن تجسيده فى حق دائنيه مقدر بالنقد تقديراً دقيقاً لا يتم إلا من يوم الحكم.

- لذلك استقر القضاء على أن العبرة فى تقدير قيمة الضرر هى بقيمته وقت الحكم بالتعويض وليست بقيمته وقت وقوعه، إذ يلتزم المسئول عن الخطأ بجبر الضرر كاملاً، ولا يكون التعويض كافياً لجبره إذا لم يراع فى تقديره قيمة الضرر وقت الحكم.

ويترتب على ذلك أنه إذا قام المضرور بإصلاح الضرر بمال من عنده فلا يكون له سوى المطالبة بما دفعه فعلاً مهما تغيرت الأسعار وقت الحكم، أما إذا لم يقم بالإصلاح فإنه يستحق التعويض بحسب قيمة الضرر وقت الحكم، ولا وجه للقول بأن المسؤول ملزم بالعمل على إصلاح الضرر، فإذا هو تهاون فعليه تبعة تهاونه، ذلك أن التزام جبر الضرر واقع على المسؤول وحده، ولا تثريب على المضرور أن ينتظر حتى يوفى المسؤول التزامه.

- وتثور الصعوبة بالنسبة لتقدير التعويض فى حالة الضرر المتغير، إذ أن الضرر الذى يصيب المضرور قد يكون متغيراً ولا يتيسر تعيين مداه نهائياً وقت النطق بالحكم. لذلك فمن المقرر أنه إذا لم يتيسر للقاضى وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائيا، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير.

وتؤكد محكمة النقض بالنسبة للضرر المتغير، أنه يتعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع، بل كما صار إليه عند الحكم، مراعياً التغير فى الضرر ذاته، من زيادة راجع أصلها إلى خطأ المسؤول أو نقص كائناً ما كان سببه، ومراعياً كذلك التغير فى قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه وبزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو بنقصها، ذلك ان الزيادة فى ذات الضررالتى يرجع أصلها الى الخطأ والنقص أياً كان سببه غير منقطعى الصلة به، أما التغير فى قيمة الضرر فليس تغيراً فى الضرر ذاته.

ولكن نظراً لأن قيمة النقود تتدهور بصفة مستمرة، فإن مقتضيات العدالة، إزاء تلك التطورات الاقتصادية، تقتضى عدم التقيد بمبدأ القيمة الإسمية للنقود أى قيمتها العددية، بل يجب الاعتداد بزيادة الأسعار اللاحقة على صدور الحكم النهائى فى تقدير التعويض عن الضرر الجسدى المستمر، بحيث يزداد التعويض فى مقداره بقدر الزيادة فى أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر. فقد تقتضى حالة المريض، لإصلاح الضرر، إجراء علاج أو جراحة أخرى أو شراء أدوية بالمستقبل. وتلك الأمور تختلف نفقاتها من وقت لآخر. فالقاضى يقدر التعويض على ضوء التكاليف ساعة النطق بالحكم ولكن هذه التكاليف تكون محلاً للزيادة فى المستقبل.

وهذا ما راعته محكمة النقض الفرنسية وذلك فى تحديدها لتعويض

المحكوم به فى صورة إيراد دورى تتغير قيمته بتغير قيمة النقود، وهذا ما يسمح بمسايرة التعويض فى مقداره لقيمة الضرر وفقا لقيمة النقد الذى يقدر به. فالحكم بالتعويض فى صورة إيراد دورى يعد أنسب صورة لجبر الضرر المستمر، كما أن ربطه بسعر المواد المستعملة فى إصلاحه هو أنسب وسيلة لجبره.

(هـ) التعويض عن تلف الأشياء:

إذا تمثل الضرر فى هلاك بضاعة أو أشياء مخصصة للبيع، فإن التعويض يقدر بثمنها على ضوء السعر السائد وقت حدوث الضرر. ويجرى قضاء النقض على أن حساب التعويض فى حالة فقد البضاعة يكون على أساس القيمة السوقية للبضاعة فى ميناء الوصول إذا كانت القيمة تزيد على سعر الشراء. فالقيمة السوقية تعوض المضرور عن الخسارة التى لحقته والكسب الذى فاته إذا كان ثمن البيع يزيد على ثمن الشراء.

إذا تمثل الضرر فى التلف الجزئى للشئ، فإن التعويض يتمثل فى إحدى قيمتين: قيمة الإصلاح أو قيمة الاستبدال بشئ مماثل. ويكون الخيار للمضرور بشرط عدم التعسف فى استعمال حقه على نحو يرهق المسؤول.

وتقدر قيمة الإصلاح وفقاً لمتوسط الأسعار اللازمة لإعادة الشئ إلى حالته الأولى. وإذا قام المضرور بالإصلاح بمال من عنده فلا يكون له الرجوع إلا بما دفعه فعلاً. أما عن قيمة الاستبدال فتتمثل فى المبلغ اللازم للحصول على شئ مماثل وذلك عى ضوء قيمة الشئ قبل الحادث، مع خصم قيمة الشئ التالف إذا أخذه المضرور.

وقد يترتب على إصلاح الشئ نقص قيمته السوقية، مثل إصلاح شاسيه السيارة بعد انقلابها، هنا ينبغى أخذ قيمة ذلك النقص فى الاعتبار عند تقدير التعويض بالإضافة إلى قيمة الإصلاحات.

المبحث الرابع

الفعل النافع (الاثراء بلا سبب)

تقضى قاعدة الاثراء بلا سبب بأنه اذا أثرى شخص على حساب شخص آخر دون سبب مشروع فأنه ينشأ التزام على عاتق من أثرى بأن يرد لمن إفتقر من جراء هذا الاثراء قدر ما أثرى به فى حدود ما لحق المفتقر من خسارة. ومثال ذلك جنى ثمار حديقة شخص آخر أو تلقى خدمات من الغير أو تلقى وفاء من الغير بما يظن أنه مدين به للموفى له.

ونتناول أولاً القاعدة العامة فى الاثراء بلا سبب قبل أن ننتقل الى تطبيقاتها (دفع غير المستحق- الفضالة).

المطلب الأول

القاعدة العامة فى الاثراء بلا سبب

كل شخص ولو غير مميز، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما آثرى يه، بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الاثراء فيما بعد.

من هذا النص يتضح لنا أنه يلزم لقيام الالتزام برد الاثراء شرطان: ان يتحقق إثراء لشخص ما يترتب عليه إفتقار لشخص آخر، عدم وجود سبب أو مبرر للاثراء.

الاثراء يترتب عليه إفتقار مقابل:

لا بد من تحقق الاثراء حتى ينشأ الالتزام بالرد. والاثراء هو كل منفعة أو كسب مادى أو أدبى (يكون قابل للتقويم بالمال) يحصل عليه الشخص. والاثراء قد يكون إيجابياً اذا أدى الى زيادة الجانب الايجابى

لذمة الشخص الذى أثرى، كأن يتلقى مبلغًا من النقود لا حق له فيه، وقد يكون الاثراء سلبياً إذا أدى إلى الانقاص من الجانب السلبى لذمة الشخص الذى أثرى وذلك كمن يوفى بماله دين غيره. والاثراء قد يكون ماديًا أو معنويًا. فالطبيب الذى يعالج مريض يؤدى الى إثرائه معنويًا عن طريق تحسن صحته، والاثراء المعنوى يقبل التقويم بالنقود ويجب رده الى المفتقر.

ولا يكفى وجود الاثراء بل يلزم أن يقابله إفتقار حتى ينشأ الالتزام بالرد. فالشركة التى تنشأ مصنعًا فى مكان ويترتب عليه إرتفاع قيمة الأراضى المجاورة لا يجوز لها أن تطالب أصحاب تلك الأراضى بقيمة ما أثروا به لان هذا الاثراء لم يقابله افتقار فى جانبها.

والافتقار كالاثراء قد يكون ايجابيًا أو سلبيًا، مباشراً أو غير مباشر، ماديًا أو معنوياً.

ويجب أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين الاثراء والافتقار. مثل وفاء شخص بدين على الغير.

إنعدام سبب الاثراء:

يشترط لرجوع المفتقر على المثرى ألا يكون للاثراء سبب أى عدم وجود مبرر قانونى يجعل من حق المثري أن يحصل على الاثراء. فاذا كان هناك سبب مشروع يبرر الاثراء، فان المثرى لا يلتزم بشئ فى مواجهة المفتقر.

والسبب هو المصدر القانونى للاثراء، وهذا المصدر اما ان يكون العقد او حكم القانون. فاذا حصل المتعاقد من العقد على فائدة أكبر من المنتظرة على حساب الطرف الآخر، فان هذا الطرف الأخير لا يستطيع أن يرفع دعوى الاثراء بلا سبب لان هذا الاثراء كان له سبب الا وهو العقد.

والقانون يعتبر سببًا لاثراء مستحق النفقة بها.

احكام الاثراء بلا سبب:

(أ) يلتزم المثرى بان يرد أقل القيمتين: قيمة ما أثرى به وقيمة ما إفتقر به الدائن. فهو يلتزم اساسا بان يرد مقدار إثرائه الا اذا كان الافتقار أقل من الاثراء، فيتحدد مدى ما يلتزم به بقيمة الافتقار.

وقد يأخذ الاثراء أو الافتقار عدة صور مثل مبلغ من النقود، التحسينات والانشاءات، العمل والخدمات، ويقدر ذلك عن طريق ما زاد فى مال المثرى أو ما أنفق عليه أو أجر المثل.

ويرجع فى تقدير الاثراء الى وقت تحققه أما الافتقار فيحدد وقت النطق بالحكم لان طبيعته لا تسمح بتقديره نهائيا لاحتمال تغييره حتى ذلك الوقت.

(ب) يحق للمفتقر أن يطالب المثرى بالتعويض عن إفتقاره أمام القضاء. ولابد من دفع دعوى الاثراء بلا سبب خلال مدة ثلاث سنوات من وقت علم المفتقر بحقه والا سقطت بالتقادم. فاذا لم يعلم المفتقر بالاثراء بلا سبب فان الدعوى تتقادم بمرور ١٥ سنة.

ويقع عبء الاثبات على عاتق المدعى وهو الدائن أى المفتقر الذى عليه إثبات الافتقار والاثراء والصلة بينهما.

المطلب الثانى
دفع غير المستحق

دفع غير المستحق هو قيام شخص بوفاء دين غير مستحق عليه، ويلتزم من يتلقى الوفاء بان يرد ما تلقاه الى من وفى به، لان فى إحتفاظه بما تلقاه إثراء بلا سبب على حساب غيره.

ونتناول فيما يلى شروط دفع غير المستحق ثم نعرض لاحكامه:

شروط دفع غير المستحق:

يلزم لقيام الالتزام بدفع غير المستحق توافر شرطين: أن يكون هناك وفاء ، وأن يكون هذا الوفاء غير واجب.

١- والوفاء يتم بقيام الشخص بتنفيذ ما يعتقد أنه التزام عليه وذلك بدفعه مبلغاً من النقودأو تسليمه لشئ أو قيامه بعمل لمصلحة الموفى له.

٢- ان يكون الدين الذى تم الوفاء به غير مستحق وقت الوفاء، وذلك إما لان الدين غير موجود أصلا، أو لان الدين مستقبل لم ينشأ بعد، أو لان الدين قد انقضى لاى سبب من الاسباب، كالوفاء به مثلا، أو الإبراء منه.

والاصل أن الشخص لا يفى بدين إلا اذا كان مستحقاً عليه، وفى حالة قيامه بذلك فانه لا بد وأن يكون هناك غلط أو إكراه أو نقص فى الاهلية. لذلك فالوفاء يفترض فيه أنه تم صحيحًا ما لم يثبت الموفى أنه كان واقعًا فى غلط أى معتقدا بانه ملزم باداء الدين. ويستطيع الموفى أيضاً إثبات أنه كان ناقص الأهلية عند الوفاء أو أنه كان واقعًا تحت تأثير إكراه معين.

أحكام الالتزام برد غير المستحق:

يفرق القانون بين القابض أو الموفى له حسن النية والقابض سيئ النية:-

(أ) فاذا كان القابض أى الشخص الذى تم الوفاء له حسن النية أى يجهل وقت القبض أن ما يقبضه ليس مستحقاً له، فلا يلتزم ان يرد الا ما تسلم.

والاصل فى القابض أنه حسن النية أى يعتقد أن له الحق فيما قبض إلا إذا أثبت الموفى أنه كان سيئ النية عند القبض.

طالما ان القابض حسن النية فانه لا يرد الا ما تسلم، فان كان ما قبض نقوداً فانه يردها دون الفوائد، وان كان قد تلقى شيئا فانه يرد نفس الشئ أو ما يماثله، ويحتفظ بالثمار التى جناها وحصل عليها نتيجة إستغلال الشئ.

(ب) أما إن كان سيئ النية فانه يلتزم برد النقود أو الشئ بالاضافة الى الفوائد والثمار.

واذا هلك الشئ الذى تسلمه الموفى له حسن النية بقوة قاهرة فانه لا يلتزم إلا برد ما تبقى منه، إما إن كان الهلاك بخطأ منه فانه يلتزم برد قيمة الشئ وقت هلاكه أو تلفه.

جـ- وتسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من ايوم الذى بعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد. وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الاحوال بانقضاء خمس عشر سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق. وذلك هو نفس الحكم بالنسبة لدعوى الاثراء بلا سبب.

المطلب الثالث

الفضالة

الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد، ودون أن يكون ملزماً بذلك، شأنًا عاجلاً لحساب شخص آخر. اذ يقوم الشخص باعمال عاجلة وضرورية لحساب ومصلحة شخص آخر دون أن يكون ملزمًا بذلك، فيرتب القانون فى هذه الحالة إلتزام من تمت لحسابه الاعمال تعويض من قام بهذه الاعمال (الفضولى) عما تكلفه فى ذلك.

ونحدد فيما يلى شروط الفضالة ثم نعرض لاحكامها.

شروط الفضالة :

يشترط لاعتبار الشخص فضوليًا بالنسبة لما قام به من أعمال لمصلحة الغير وبالتالى إستحقاقه للتعويض الشروط الآتية:-

١- قيام الفضولى بشأن عاجل لرب العمل: يلزم أن نكون بصدد أمر عاجل لازم لمصلحة رب العمل، ويتولى الفضولى القيام به.

والشأن العاجل قد يكون تصرفا قانونيا، كمن يتعاقد مع مقاول على ترميم دار جاره التى توشك أن تسقط فى غياب ذلك الجار، وكما فى حالة بيع محصول لشخص آخر يخشى عليه من التلف. وقد يكون الشأن العاجل عملاً ماديًا، كجنى محصول أو إطفاء حريق أو إصلاح الصرف الخاص بمنزل الجار.

ويلزم فى الاعمال القانونية أو المادية التى يقوم بها الفضولى أن تكون عاجلة وضرورية، أى يلزم القيام بها دون إبطاء خوفًا من تفاقم الاضرار أو المخاطر، والمعيار هو انه ما كان رب العمل ليتوانى عن القيام بمثل هذه الاعمال لو وجد فى نفس الموقف الذى وجد فيه الفضولى. أى لا يكفى ان يكون العمل مفيداً لرب العمل حتى يحق لشخص آخر القيام به إذ يلزم أن يكون عاجلاً حتى يستطيع الفضولى أن يطالب بحقه. وبناءاً عليه لا فضالة اذا كان العمل نافعًا وليس عاجلاً.

٢- قصد تحقيق مصلحة لرب العمل: يجب أن يكون قيام الفضولى بالعمل بقصد تحقيق مصلحة للغير أى بهدف أداء خدمة لمن يتم العمل لحسابه.

أما اذا إتجهت نية الشخص الى تحقيق مصلحته هو- حتى لو أدى ذلك الى تحقيق مصلحة الغير- فانه لا يعتبر فضوليًا. فالمستأجر الذى

يقوم باجراء الترميمات الضرورية التى يلتزم بها المالك بسبب خطورة تركها ولغياب المالك، لا يعتبر فضولياً لانه يقصد تحقيق مصلحته هو. ويستطيع الرجوع على المؤجر طبقاً لقواعد عقد الايجار.

ولكن لا يلزم ان تنصرف نية الفضولى، أثناء قيام الأمر العاجل الى تحقيق مصلحة الغير فقط، بل يجوز أن تتحقق الفضالة ولو كان الفضولى فى أثناء توليه شأنا لنفسه، قد تولى شأن غيره، لما بين الشأنين من إرتباط لا يمكن معه القيام باحدهما منفصلاً عن الآخر. فالشريك على الشيوع الذى يجرى إصلاحات عاجلة فى الشئ المملوك يعتبر فضوليًا فى الرجوع على شركائه الآخرين بكل ما تحمله نيابة عنهم فى هذه الاعمال، لانه يعمل لمصلحة شركائه وإن كان ناظراً الى مصلحته فى نفس الوقت.

٣- عدم التزام الفضولى بالاعمال التى يقوم بها، اذ يشترط فى الفضولى أن يكون تدخله في شئون غيره دون تفويض أو توكيل من ذلك الغير، حيث ينبغي ألا يكون هناك إلتزام على الفضولى بالقيام بشأن رب العمل، سواء فى هذا كان مصدر الالتزام هو العقد كالوكالة، أم كان مصدره القانون كما فى حالة الولى أو الوصى أو الحارس القضائى.

اذ غالبا ما يقوم الفضولى بالعمل دون علم صاحب الشأن أو فى غيابه ودون أن يكون هناك ما يلزمه بذلك.

ويشترط أخيراً الا يكون رب العمل قد نهى الغير عن القيام بالعمل أو عن التدخل في شئونه، والا إعتبر مسئولا أمامه.

اذا تحققت الشروط السابقة كنا بصدد فضالة ، ومن ثم تنشأ عنها التزامات على عاتق كل من الفضولى ورب العمل.

التزامات الفضولي:

١- المضى فيما بدأه من أعمال حتى يتمكن رب العمل من الاستمرار فيها.

٢- أن يبادر باخطار رب العمل بتدخله وبما يقوم به لمصلحته بمجرد تمكنه من ذلك، وذلك حتى يستعمل حقه إما فى نهى الفضولى عن اتمام العمل أو توجيهه أو القيام بالعمل بنفسه.

٣- يلتزم الفضولى بأن يبذل فى العمل العناية المطلوبة أى عناية الشخص المعتاد، والا كان مسئولا عن خطئه. ولكن القاضى يستطيع أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ اذا كانت الظروف تبرر ذلك.

ويسأل الفضولى لا عن أعماله فحسب بل عن أفعال أى شخص يستعين به فى أعمال الفضالة، ويحق لرب العمل أن يرجع عليهم جميعا بالتعويض إن كان هناك خطأ، واذا تعدد الفضوليون فانهم يكونون مسئولون بالتضامن عما يصدر منهم فى مواجهة رب العمل.

٤- على الفضولى أن يرد لرب العمل كل ما تسلمه بسبب العمل من نقود أو أشياء، هذا بالاضافة الى تقديم حساب له عن الاعمال التى يقوم بها.

التزامات رب العمل:

١- تنفيذ التعهدات التى عقدها الفضولى باسم رب العمل، فالفضولى يعتبر نائبا عنه، ومن ثم فان آثار العمل تنصرف إليه مباشرة، إذ أنه يكسب الحقوق التى تنشأ من عقود الفضولى، كما يتحمل بالالتزامات التى تترتب على تلك العقود.

٢- رد ما أنفقه الفضولى من أجل القيام بالعمل، ويشمل ذلك كل النفقات الضرورية والنافعة بشرط عدم الاسراف فيها، هذا بالاضافة الى الفوائد القانونية لتلك المصاريف من يوم إنفاقها. ويدخل فى النفقات ما يستحقه الفضولى من أجر عن جهده.

٣- تعويض الفضولى عن الضرر الذى لحقه، اذ يدخل فى التكاليف التى يلتزم رب العمل بردها التعويض عن الضرر الذى يصاب به الفضولى أثناء قيامه بالعمل. ويدخل في ذلك الضرر المادي أو الجسماني، كما لو أدى إطفاء الحريق إلى إصابة الفضولي أو إتلاف أمتعة له.

ويتعين تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها باسمه شخصيًا.

المبحث الخامس

القانون

ذكرنا أن مصادر الالتزام تتمثل فى التصرف القانونى (العقد- الارادة المنفردة) والفعل الضار والفعل النافع وأخيراً القانون.

وفى حقيقة الأمر فان القانون هو المصدر الغير مباشر للالتزامات لأنه هو الذى جعل المصادر السابقة مصدراً للالتزام.

ولكن هناك حالات يكون فيها القانون مصدراً مباشراً للالتزام، أى أنه ينص صراحة على إنشاء إلتزام معين . والالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده، تسرى عليها النصوص القانونية التى انشأتها، اذ تحدد تلك النصوص أركان كل إلتزام وأحكامه الخاصة به.

وتتعدد الالتزامات القانونية وتوجد فى شتى فروع القانون، ونذكر منها على سبيل المثال الالتزام بالنفقة بين الأقارب أو الازواج، والتزام الجيران بعدم تجاوز الأضرار غير المألوفة بالنسبة لجيرانهم، والالتزامات القانونية بدفع الضرائب.

وأهم ما يميز تلك الالتزامات أنها تخضع للقواعد التى تحكم الالتزامات غير الارادية التى لا يشترط فيها توافر أية أهلية فى الملتزم، فالالتزام بالنفقة يقع على عديم الاهلية كالمجنون كما يقع على كاملها.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بان مسئولية الادارة عن القرارات الادارية المخالفة للقانون لا تنسب الى العمل غير المشروع وإنما تنسب الى المصدر الخامس من مصادر الالتزام وهو القانون باعتبار هذه القرارات تصرفات قانونية وليست أعمالاً مادية، ومن ثم فان مسئولية الادارة عنها عن طريق التعويض لا تسقط الا بالتقادم العادى.

الفصل الرابع

احكـام الالتـزام

نعرض لآثار الالتزام وأوصافه وانتقاله وانقضائه ثم نبين وسائل حماية الائتمان.

المبحث الاول
آثـــار الالتـــزام

تمهيد:

ان الأثر الطبيعى للالتزام الذى ينشأ فى ذمة شخص ما هو الوفاء بهذا الالتزام، فالاثر الاصلى للالتزام هو وجوب الوفاء به. أما فى حالة عدم قيام المدين بالوفاء بالالتزام من تلقاء نفسه، فان القانون يضع السلطة العامة فى خدمة الدائن لاجبار المدين على تنفيذ التزامه.

والاصل فى التنفيذ ان يكون بعين ما التزم به المدين وبالشروط التي نشأ بها إلتزامه، أى ان يكون تنفيذ الالتزام تنفيذا عينياً، ولكن فى بعض الاحوال يضطر الدائن الى الاكتفاء بالحصول على مقابل لما إلتزم به المدين، فيكون التنفيذ فى هذه الحالة تنفيذاً بمقابل أو بطريق التعويض.

وحتى يضمن القانون وفاء المدين بالتزاماته، فقد وضع أمام الدائنين عدة طرق للمحافظة على الضمان العام وتقيهم مضار إنتقاص هذا الضمان بسبب إهمال المدين أو غشه وذلك مثل الدعوى المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية، هذا بالاضافة الى نظام إعسار المدين والحق فى الحبس.

والتنفيذ الجبرى لا يكون الا بصدد الالتزامات المدنية دون الالتزامات الطبيعية، فالالتزام المدنى يتضمن عنصرين: المديونية والمسئولية أما الالتزام الطبيعى فهو مجرد من عنصرالمسئولية. إذ يشترك الالتزام المدنى مع الالتزام الطبيعى فى عنصر المديونية أى أن القانون يوجب الوفاء بكل منهما، ولكن الوفاء بالالتزام الطبيعى يظل إختياريا للمدين ولا يجوز الاجبار على تنفيذه.

خطة البحث:

وعلى هذا نقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب على الترتيب التالى:
المطلب الاول: لدراسة الطريق الطبيعى لتنفيذ الالتزام أى التنفيذ العينى.

المطلب الثانى: لدراسة الطريق الاحتياطى للتنفيذ اى عند استحالة التنفيذ العينى وهو التنفيذ بمقابل.

المطلب الثالث: دراسة ما خوله القانون للدائن من ضمانات على أموال المدين (وسائل حماية الائتمان)

المطلب الرابع: لدراسة الالتزام الطبيعى.

المطلب الاول
التنفيذ العينى

الأصل فى تنفيذ الالتزام أن يكون التنفيذ عينياً، أى تنفيذ عين ما التزم به المدين. واذا لم يقم المدين بالوفاء الاختيارى فقد هيأ القانون للدائن وسيلة غير مباشرة لحثه على القيام بالتنفيذ العينى الجبري وهى وسيلة الغرامة التهديدية، فان لم تفلح أو أصبح التنفيذ العينى مستحيلاً، فلا يبقى للدائن إلا أن يطالب بالتنفيذ القهرى بمقابل أى عن طريق التعويض.

مبدأ حسن النية فى التنفيذ:

يجب على المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه مختاراً، وأن يكون التنفيذ طبقا لما يوجبه حسن النية، أى أن يقوم المدين بتنفيذ تعهده بما يطابق نية الطرفين عند التعاقد، وطبقاً للامانة والثقة المتبادلة التى يوجبها عرف التعامل.

ومن مقتضيات مبدأ حسن النية أن يتم تنفيذ العقد طبقا للغرض الحقيقى الذى رمى اليه المتعاقدان، فالبائع يجب ان يسلم الشئ المبيع الى المشترى مع ملحقاته وكل ما أعد لاستعماله وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الاشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين.

موضوع التنفيذ العينى:

تختلف طريقة التنفيذ فى كل التزام عنها فى غيره وذلك بحسب محل الالتزام وما يقتضيه من المدين.

١- فقد يكون موضوع الالتزام إعطاء شيء كنقل حق عيني عليه أو إنشائه مثل نقل ملكية سيارة أو رهن منزل. ويختلف تنفيذ هذا الالتزام بحسب ما إذا كان الشيء منقولا أو عقاراً.

فاذا كان الشئ منقولا، وكان معينا بذاته ومملوكا للمدين، فان الالتزام يصبح منفذاً من وقت نشوئه، فاذا إشترى شخص حصاناً معينًا بالذات، ملكه من وقت العقد ومن قبل أن يتسلمه.

أما إذا كان الشئ منقولاً معينًا لا بذاته بل بنوعه ومقداره، فان الحق العينى المتعهد بنقله على هذا الشئ لا ينتقل بمجرد الاتفاق الذى أنشأ هذا الالتزام، وذلك لان الحق العينى لا يرد الا على شئ معين بالذات، ويلزم لذلك إفراز الشئ أى عزل المقدار المتعهد به عن بقية الصنف. وتنفيذ المدين لالتزامه لا يتم إلا بافراز الشئ. فاذا باع شخص مائة قنطار من القطن الناتج من مزارعه فان الملكية لا تنتقل الى المشترى بمجرد العقد بل يلزم إفراز الكمية المذكورة عن بقية الصنف.

أما اذا كان موضوع الالتزام نقل حق عينى على عقار، فلا يكفى أن يكون معينا بالذات، كما هو الحال بالنسبة للمنقول، بل يجب تسجيل التصرف الناقل للملكية. فاذا إشترى شخص منزلاً فان الملكية لا تنتقل إليه إلا بتسجيل العقد فى الشهر العقارى.

٢- ويتم تنفيذ الالتزام بعمل بانجاز المدين للعمل الذى إلتزم به، سواء كان محل الالتزام تحقيق نتيجة كالتزام المقاول ببناء مبنى معين، أو مجرد بذل جهد لتحقيق نتيجة معينة كالتزام الطبيب بعلاج المريض، وإلتزام المحامي بالدفاع عن الموكل.

٣- أما إذا كان موضوع التزام المدين هو الامتناع عن عمل فإن المدين يجب أن يمتنع عن إتيان ذلك العمل. كالتزام التاجر بعدم منافسة تاجر آخر فى مكان معين.

التنفيذ العينى الجبرى:

ذكرنا انه إذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه مختاراً أمكن الالتجاء الى القضاء لحمله على تنفيذ عين ما التزم به أى التنفيذ القهرى وذلك مثل غلق المتجر الذى إفتتحه المدين مخلاً بالتزامه بعدم المنافسة. أو نزع العين المتعهد بتسليمها من يد المدين وتسليمها للدائن.

الا أنه فى بعض الحالات يقتضى تنفيذ الالتزام تدخل المدين شخصيا، ففى هذه الحالة لا يمكن إجباره مباشرة على التنفيذ لان الاجبار يكون غير منتج وفيه حجر على حريته الشخصية، ولكن يمكن الضغط على إرادته بوسيلة غير مباشرة لحمله على تنفيذ إلتزامه وذلك عن طريق الغرامة التهديدية. فالتزام فنان برسم لوحة معينة لا يمكن تنفيذه بالاكراه ولكن يمكن الحكم عليه بغرامة تهديدية لحمله على ذلك. وكذلك الحال بالنسبة لالتزام الممثل بالتمثيل.

الغرامة التهديدية:

تعد الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة لحمل المدين على تنفيذ التزامه، فهى وسيلة لاكراه المدين على التنفيذ العينى. وهى مبلغ من المال يحكم به القاضى عن كل يوم أو شهر أو سنة يتأخر فيها المدين عن

تنفيذ إلتزامه، إذ يقصد بها تهديد المدين، لذلك يراعى فيها القاضى أن تكون كافية لحمل المدين على الوفاء، ويخفض القاضى أو يزيد منها على ضوء درجة عناد المدين وإمتناعه عن التنفيذ.

ويشترط للحكم بالغرامة التهديدية ثلاثة شروط:

١- ان يكون التنفيذ العينى للالتزام لا زال ممكنًا، اذ لا يعقل الحكم على المدين بغرامة لاجباره على تنفيذ إلتزام غير موجود أو أصبح مستحيلاً، كما لو هلك الشئ المبيع، فلا يمكن مطالبة البائع بتسليمه للمشترى.

٢- أن يكون من الضرورى قيام المدين بتنفيذ الالتزام بنفسه، كما فى الالتزام بالقيام بعمل فنى. أما إن كان فى الامكان الحصول على التنفيذ العينى دون الحاجة الى المدين فانه لا يلجأ الى الغرامة التهديدية بل الى وسائل التنفيذ المباشر، على أموال المدين عن إنتظاره هو حتى يفى بالالتزام. كما في الالتزام بدفع مبلغ من النقود حيث يغني التنفيذ المباشر.

٣- ضرورة طلب الدائن الحكم بالغرامة التهديدية، فهى رخصة للدائن له أن يطلبها أو يمتنع عن ذلك.

والحكم بالغرامة التهديدية يكون حكماً وقتياً تنتفى علة قيامه متى إتخذ المدين موقفًا نهائيًا منه، إما بوفائه بالالتزام، وهنا يطلب من القاضى أن يحط عنه الغرامة ويحكم عليه بتعويض عن التأخير فى التنفيذ، وإما باصراره على التخلف، فيجب على القاضى أن يعيد النظر فى الحكم ويحكم بالتعويض الواجب عن عدم التنفيذ مراعيًا ما أصاب الدائن من ضرر ومقدار تعنت المدين فى هذا الشأن.

المطلب الثانى
التنفيذ بمقابل

ذكرنا أنه عند تعذر حصول الدائن على تنفيذ الالتزام الواقع على عاتق المدين تنفيذاً عينيًا مجديًا، جاز له أن يطلب التنفيذ بمقابل أى ان يقضى تعويضًا يقوم مقام التنفيذ العينى.

والتنفيذ بمقابل أو التعويض ليس إلا طريقاً احتياطيًا لا يلجأ اليه الا إذا تعذر التنفيذ العينى، ويتحقق ذلك فى الحالات الآتية:

١- اذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلاً بفعل المدين، كالتزام البائع بنقل ملكية عقار باعه لمشتري آخر سبق إلى تسجيل عقده، وكتعهد متعهد باقامة حفلة لمناسبة معينة وتمر هذه المناسبة، ففى تلك الحالات يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

٢- اذا كان التنفيذ العينى مرهقاً للمدين، بحيث يؤدى إجباره على التنفيذ العينى الى إلحاق ضرر فادح به لا يتناسب مع ما سيلحق الدائن من ضرر نتيجة عدم التنفيذ.

٣- اذا كان فى إجبار المدين على التنفيذ العينى مساس بحريته الشخصية، فهنا لا يمكن الالتجاء الى التنفيذ العينى بل التنفيذ بطريق التعويض، كالتزام فنان برسم لوحة أو بالغناء فى حفلة.

اذا توافرت إحدى الحالات السابقة التى تجيز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل أو التعويض وجب أن تتوافر عدة شروط لاستحقاق التعويض:

١- الخطأ أى عدم وفاء المدين بالتزاماته أو تأخره فى هذا الوفاء.

٢- اصابة الدائن بضرر.

٣- علاقة السببية بين الضرر والخطأ أى أن يكون الضرر الذى لحق الدائن ناتجًا عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فى التنفيذ.

٤- إعذار المدين.

ومن ذلك يتضح أنه يشترط لإستحقاق التعويض توافر شروط المسئولية المدنية بنوعيها، سواء أكانت مسئولية عقدية أم مسئولية تقصيرية. لذلك فنحن نحيل إلى الدراسة الخاصة بهما فيما سبق.

وقد إشترط القانون شرطًا إضافيًا لاستحقاق التعويض وهو الاعذار، ونعرض لاحكام هذا الشرط قبل أن نتناول كيفية تقدير التعويض.

الاعذار:

هو وضع المدين موضع التأخير فى تنفيذ التزامه وذلك عن طريق مطالبة المدين رسميا بتنفيذ التزامه والا أصبح مسئولاً عن عدم التنفيذ او التأخير فيه.

ويتم الاعذار عن طريق إنذار المدين بورقة رسمية من أوراق المحضرين ويكون إعلانه اليه على يد محضر، ويقوم مقام الاعذار الاوراق الرسمية المشابهة مثل صحيفة الدعوى والتنبيه الرسمى الذى يسبق التنفيذ.

ولا يكفى لاعذار المدين أية ورقة عرفية ولو كانت فى خطاب مسجل، ومع ذلك قد تكفى فى المعاملات التجارية الورقة العرفية أو المطالبة الشفهية لاعذار المدين، إذا قضى العرف التجارى بذلك.

حالات لا يلزم فيها الاعذار:

هناك حالات لا يلزم فيها الاعذار، بحيث يكون المدين فيها مسئولاً عن التعويض بمجرد التنفيذ، وتلك الحالات إما أن ترجع الى إتفاق المتعاقدين أو الى نص القانون أو إلى طبيعة الالتزام نفسه.

١- يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على الاستغناء عن الاعذار، وقد يكون هذا الاتفاق صريحًا وقد يكون ضمنياً، وهنا يصبح المدين معذراً بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى أى إجراء.

٢- لا ضرورة للاعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً أو غير مجد بفعل الدين، ذلك ان الاعذار دعوى الى المدين بالتنفيذ، وقد أصبح التنفيذ غير ممكن بفعله، كأن يأتى المدين العمل الذى إلتزم بالامتناع عنه، وكما لو اتفق مع فنان على إحياء حفلة وفات ميعادها. والتزام المحامي بالطعن على الحكم بعد فوات الميعاد.

٣- الاستغناء عن الاعذار حين يصرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه، أى أنه لا ينوى التنفيذ ومن ثم لا جدوى من وراء هذا الاعذار.

٤- لا ضرورة للاعذار فى الالتزامات غير التعاقدية، لانها تنشأ ويسأل عنها المدين بمجرد نشوئها. وعلى هذا لا محل للاعذار فى حالتين:

عندما يكون محل الالتزام تعويضًا ترتب على عمل غير مشروع، أى أن هناك خطأ من جانب المدين تسبب عليه ضررا للغير (الدائن).

اذا كان محل الالتزام رد شئ يعلم المدين أنه مسروق أو شئ تسلمه دون وجه حق وهو عالم بذلك، فالمدين يعتبر سيئ النية.

الاثار القانونية للاعذار:

يترتب على الاعذار نتيجتان هامتان:

١- يصبح المدين مسئولاً عما يلحق الدائن من ضرر نتيجة لتأخره فى تنفيذ الالتزام بخطئه. أما فى الفترة السابقة على الاعذار فلا يعوض المدين الدائن عن التأخر فى التنفيذ ذلك أن التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين.

٢- تنتقل تبعة الهلاك من طرف الى آخر، فهلاك الشئ المبيع بقوة

قاهرة يكون على البائع قبل التسليم، وتنتقل تبعة الهلاك الى المشترى إذا أعذره البائع لتسلم المبيع ولم يفعل.

كيفية تقدير التعويض:

قد يقوم القاضي بتقدير التعويض وهذا هو التعويض القضائي، وقد يتم تقديره مقدمًا باتفاق الطرفين، وهذا هو التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى، وأخيرا قد يتم تقدير التعويض عن طريق القانون نفسه، كما هو الحال فى تحديد سعر الفائدة عن التأخير، وهذا هو التعويض القانونى.

التعويض القضائى:

يقدر القاضى التعويض عادة بمبلغ نقدى يمثل الضرر الذى لحق الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو لتأخره فى التنفيذ.

ويشمل التعويض الضرر المادى والأدبى، ويتكون الضرر المادى من عنصرين هما ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، فاذا لم يقم شخص بتسليم التاجر البضاعة التى أوصى بها ودفع ثمنها، إستحق التاجر المشترى تعويضًا يمثل ما لحقه من خسارة وهو قيمة هذه البضاعة وما فاته من كسب وهو الربح الذى كان يأمل الحصول عليه عند إعادة بيعها.

وشرائط استحقاق التعويض، كما ذكرنا، هى شرائط قيام المسئولية: الخطأ والضرر وعلاقة السببسة بين هذا الضرر وذلك الخطأ، فاذا لم يصب الدائن ضرر من جراء تأخره فى التنفيذ لم يكن هناك محل للتعويض.

التعويض الاتفاقى (الشرط لجزائى):

قد يتفق المتعاقدان مقدما على تقدير التعويض الذى يستحقه الدائن

فى حالة عدم التنفيذ أو التأخير فيه، فهو تقدير إتفاقى للتعويض يتم الاتفاق عليه قبل وقوع الضرر بالفعل، فالشرط الجزائى هو مبلغ جزافى يقدر به الطرفان مقدمًا التعويض المستحق عن الضرر الذى يلحق أحدهما نتيجة خطأ الآخر.

ويشترط لاستحقاق الشرط الجزائى أى الحكم بالتعويض المتفق عليه فى العقد كل ما يشترط لاستحقاق التعويض: الخطأ والضرر وعلاقة السببية. ولكن الدائن لا يلتزم باثبات وقوع الضرر بالنسبة له، فهذا الضرر مفترض لمجرد عدم تنفيذ التزامه، وعلى المدين أن يثبت أن الدائن لم يلحقه ضرر حتى يتخلص من تطبيق الشرط الجزائى.

فاذا كان الدائن قد لحقه ضرر نتيجة عدم التنفيذ فان القاضى يطبق الشرط الجزائى أى يحكم بالتعويض المتفق عليه بغير نقصان أو زيادة، بصرف النظر عن قيمة الضرر الواقع. ولا يكون للقاضى أن يزيد أو ينقص المبلغ المتفق عليه كشرط جزائى، بل يأخذ به كما حدده الطرفان.

ولكن القانون أجاز إستثناءًا للقاضى سطة تخفيض الشرط الجزائى فى حالتين: **الاولى:** إذا أثبت المدين أن التعويض المقدر كان مبالغًا فيه الى درجة كبيرة . **الثانية:** اذا أثبت المدين أن الالتزام الذى يلتزم به قد نفذ جزئيًا، أى أنه نفذ إلتزامه تنفيذاً جزئيًا. ففى هاتين الحالتين يجوز للقاضى أن يخفض التعويض المتفق عليه حتى يتناسب مع الضرر الذى أصاب الدائن فعلا.

التعويض القانونى:

قد يكون محل الالتزام مبلغًا من النقود، ففى هذه الحالة اذا تأخر المدين عن الوفاء به، يستحق الدائن تعويضًا عن التأخير فى صورة فوائد تسمى الفوائد التأخيرية لانها تعويض عن التأخر فى تنفيذ الالتزام الذى محله نقود. كالفوائد التى يلتزم المقترض بدفعها الى

المقرض إذا حل أجل القرض وتأخر المقترض فى الوفاء بالتزامه.

وفوائد التأخير قد تتحدد بمقتضى اتفاق، كما إذا إتفق المتعاقدان على أنه اذا تأخر المدين فى وفاء الدين سرت فى حقه الفوائد من يوم الاستحقاق بواقع سعر معين يحدده الطرفان، على أنه لا يجوز أن يتجاوز هذا السعر الحد الاقصى الذى يحدده القانون للفوائد وهو ٧٪.

وبجانب الفوائد الاتفاقية توجد الفوائد القانونية، وهى الفوائد التى يتولى القانون تحديدها كتعويض عن التأخير فى الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود إن لم يكن الدائن والمدين قد إتفقا على فائدة عن التأخير. جعل القانون سعر الفائدة القانونية ٤٪ فى المسآئل المدنية و٥٪ فى المسائل التجارية.

شروط استحقاق فوائد التأخير:

يجب لسريان الفوائد التأخيرية عدة شروط هى :

١- ان نكون بصدد التزام موضوعه مبلغ من النقود، أى أن يكون المدين ملتزمًا بدفع مبلغ من النقودالى الدائن.

٢- أن يكون مبلغ الدين معلوم المقدار وقت الطلب، مثل التزام المشترى بدفع الثمن فهو محدد، اما الالتزام بالتعويض عن الضرر الذى أصاب الغير فهو غير محدد قبل أن يحكم به القاضى.

٣- أن يتأخر المدين عن الوفاء به، إذ أن الفائدة التأخيرية هى بمثابة تعويض عن التأخير أى عن الضرر الذى يفترض وقوعه للدائن بسبب التأخر فى الوفاء بالدين.

٤- أن يطالب الدائن بالفوائد، إذ يشترط القانون لسريان الفوائد التأخيرية أن يطالب الدائن المدين بها أمام القضاء. وتسرى الفوائد من يوم هذه المطالبة القضائية لا قبل ذلك. فلا يكفى

الانذار لاستحقاقها. ولا يكفى أن يطالب الدائن بأصل الدين، بل يجب أن يطلب الفوائد ايضا.

القيود القانونية على الفوائد:

حدد المشرع فوائد التأخير القانونية باربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية.

والعبرة فى ذلك بصفة المدين، فاذا كان تاجراً ألزم بـ ٥٪ وإلا بـ٤٪ فقط ولو كان الدائن تاجراً أو كانت العملية تجارية.

ويمكن الاتفاق على سعر مختلف بشرط ألا يتجاوز ذلك ٧٪ إلا أنه ينبغى التمييز بين الفوائد التأخيرية والفوائد الاستثمارية، فالاولى تستحق فى حالة تأخر المدين عن الوفاء بالدين، أما الثانية فتكون لمن يودع مبلغًا من المال مختاراً لدى بنك أو هيئة إستثمارية فهنا لا نكون بصدد علاقة مديونية بل عملية إستثمارية يترك فيها تحديد الفائدة لاتفاق الطرفين دون قيود.

وقد أورد المشرع على الفائدة التأخيرية بعض القيود:

١- عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال، فلا يجوز أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضها الدائن اكثر من رأس المال، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية. فالدائن لا يجوز له أن يتقاضى مجموع فوائد تزيد على ماله من رأس مال، إذ من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين إستغلال المدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار الدين نفسه، ويكفى الدائن أن يكون قد إقتضى فوائد تعادل رأس ماله.

واستثنى القانون مع ذلك من حكم هذا القيد ما تقضى به القواعد والعادات التجارية، فمثلا تجرى هذه القواعد والعادات فى الحساب

الجاري على جواز أن يزيد مقدار ما يتقاضاه الدائن من فوائد على مقدار رأس المال.

٢- لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، إذ أن القانون يحرم الفوائد المركبة أى إحتساب فوائد على الفوائد او فى عبارة أخرى، ضم الفوائد على رأس المال وإحتساب الفوائد على رأس المال الجديد.

ولكن هذا التحريم يرد عليه استثناء فيما تقضى به القواعد والعادات التجارية، كما هو الحال فى الحساب التجارى، حيث يجوز أخذ فوائد على متجمد الفوائد.

المطلب الثالث

وسائل حماية الائتمان

تزداد أهمية نظرية التأمينات فى العصر الحاضر مع إزدياد حجم العلاقات الاقتصادية وتنوعها، ويرتبط إزدهار النشاط التجارى بعنصر الائتمان الذى يلعب دوراً بالغ الأهمية فى المعاملات المالية والحياة الاقتصادية بصفة عامة.

والائتمان يعني الثقة، ويراد به حصول الشخص على قيمة معينة (نقود أو بضائع أو خدمات..) مع الالتزام بردها أو رد مقابلها خلال مدة معينة. ولا يمنح الدائن مثل هذا الائتمان إلا للمدين الموثوق فيه. وتنبع الثقة فى المدين من خلال شخصه ومعاملاته أو ما يكون لديه من أموال أو ما يقدمه للدائن من ضمانات تكفل له الوفاء بحقه.

ويعد الائتمان وسيلة هامة لتمويل مشروعات الانتاج سواء برؤوس الأموال اللازمة أو البضائع والخدمات، ويتم هذا التمويل مع منح المدين

أجلاً للوفاء به، ويقتضى منح هذا الأجل الثقة وتقديم الضمان أو التأمينات التى تطمئن الدائن فى الحصول على حقه. لذا تعد التأمينات خطوة إيجابية نحو إنتعاش وإستقرارالعلاقات المالية بين الافراد حيث تؤمنهم من مخاطر الائتمان التى تهددهم وما قد يستتبع ذلك من تقليص حجم التعامل وركود الاقتصاد القومى.

وامام الحاجة الماسة للائتمان، وعجز نظم التأمينات التقليدية عن تغطيته، بحث الدائنون على ضمانات أخرى إضافية أو بديلة .

تم اللجوء الى الحماية الجنائية عن طريق تحرير شيكات بالمديونية، وإنقلب الشيك من وسيلة وفاء الى إداة إئتمان مما حدا بالمشرع الى التدخل وإعادة الامور الى نصابها، وأصبح الشيك مستحقاً بمجرد الاطلاع بغض النظر عن التاريخ، وتم وقف التعامل بالشيكات غير البنكية. فقد الشيك دوره فى حماية الائتمان مما دفع البعض الى التشبث بالحماية الجنائية من خلال تحرير إيصالات أمانة بالمديونية، لكن القضاء يتشدد فى إعتبار تلك المحررات على سبيل الامانة أمام وضوح طابع الصورية فيها.

ترتب على ذلك حتمية اللجوء الى الحماية المدنية والبحث عن سبل بديلة للتأمينات التقليدية تتسم بالسرعة والمرونة والفاعلية الواجبة للمعاملات الجارية.

نعرض بادئ ذى بدء، للضمان العام للدائنين ووسائل حمايته والمراكز المتميزة لبعض الدائنين، مع الاشارة الى التأمينات الشخصية والعينية، ثم نبين الضمانات الأخرى لحماية الائتمان.

الفرع الاول

الضمان العام للدائنين

(أ) الضمان العام على أموال المدين:

تعتبر أموال المدين هى الضمان العام للدائنين بمعنى أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، فإذا لم يف المدين بالتزامه، كان للدائن، أن يقتضى حقه بالتنفيذ الجبرى على أى مال من اموال المدين.

ويتميز الضمان العام بخصيصتين رئيسيتين هما:

الأولى: أنه عام يرد على كل أموال المدين، ولا ينصب على مال معين بالذات، وعلى هذا يستطيع

الدائن أن يستوفى حقه بالتنفيذ على أى مال من الأموال المملوكة للمدين وقت نشوء الدين، أو أية أموال أخرى يكسبها المدين بعد ذلك، هذا باستثناء الاموال التى لا يجوز الحجز عليها.

ويترتب على ذلك حرية المدين، كقاعدة عامة، فى التصرف فى أى مال من أمواله، ويخرج من ذمته لان حق الدائن لا يرتبط بمال معين بل يرد على أموال المدين كمجموعة واحدة، وتنفذ تصرفات المدين فى حق الدائنين، دون أن يكون لهم الاعتراض على هذه التصرفات، أو سلطة تتبع المال المتصرف فيه فى يد من انتقل إليه. وقد يترتب على تصرفات المدين زيادة أمواله وتقوية الضمان العام، وقد يكون من شأن هذه التصرفات إنقاص أموال المدين وإضعاف الضمان مما يضر بحقوق الدائنين.

الثانية: أنه مشترك بين سائر الدائنين، أى أن جميع الدائنين متساوون فيما لهم من الضمان العام. فلا يمتاز أحدهم عن الآخرين، فكل أصحاب الحقوق الشحصية سواسية فى هذا الشأن، أى لا أولوية

لأحدهم على الآخر، لا فرق فى ذلك بين دائن نشأ حقه فى تاريخ متقدم ودائن نشأ حقه فى تاريخ لاحق.

مؤدى ذلك أن الدائنين تكون لهم نفس المرتبة فى إستيفاء حقوقهم، فاذا إتسعت لهم جميعا أموال المدين، إستوفوا حقوقهم كاملة، أما إذا لم تكف أموال المدين للوفاء بجميع ديونه، فانهم يتقاسمونها كل بنسبة حقه، أى أن الأموال تقسم بين الدائنين قسمة غرماء بحيث يستوفون ديونهم من جميع أموال المدين بنسبة مقدار دين كل واحد منهم.

ويترتب على ذلك أنه اذا كان المدين معسراً ، فان الدائن لن يحصل إلا على جزء من حقه، وإذا تخلف أحد الدائنين أو بعضهم، فلن يتبقى له شئيًا من أموال المدين للتنفيذ عليه لأن هذه الأموال سيكون قد تم توزيعها على الدائنين المتقاسمين.

(ب) وسائل حماية الضمان العام:

قرر المشرع للدائن عدة وسائل لحماية الدائنين من التصرفات التى قد يجريها المدين إضراراً بحقوقهم.

أولاً: يجوز للدائن إتخاذ بعض الاجراءات التحفظية أو الاحتياطية، كتوقيع الحجز التحفظى على أموال المدين، أو التدخل فى إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه، وطلب إتخاذ بعض الاحتياطات للتحفظ على تركة المدين، ووضع الأختام على أموال المدين أو تحرير محضر جرد بها عند موته أو افلاسه.

ثانياً: هناك عدة طرق وضعها القانون أمام الدائن للمحافظة على الضمان العام.

١- الدعوى غير المباشرة: التى تهدف إلى حماية الدائن من تقصير مدينه عن طريق تمكين الدائن من أن يباشر بنفسه حقوق المدين ودعاواه

نيابة عنه، فاذا كان للمدين مثلا حق فى مطالبة الغير بتعويض عن ضرر أصابه أو أهمل فى هذه المطالبة، إستطاع أحد دائنيه أن يقوم بذلك مكانه، فاستعمال الدائن حقوق مدينه على هذا الوجه يقصد به المحافظة على أموال المدين تمهيداً للتنفيذ عليها، فالدعوى غير المباشرة تعد وسيلة لحماية حق الدائن فى الضمان العام من أن ينتقص نتيجة قعود المدين عن إستعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها.

٢- الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرف: وتشترك مع الدعوى غير المباشرة فى الهدف، ألا وهو المحافظة على أموال المدين، ولكن فى حين أن الدعوى غير المباشرة يقصد منها تأمين الدائن ضد خطر إهمال المدين وتقصيره، فإن الدعوى البوليصية تهدف إلى حماية الدائن من خطر أكبر الا وهو تصرفات المدين التى يجريها إضراراً به، كأن يقوم ببيع أمواله بثمن بخس ثم يقوم بتهريب ما قبض من ثمن وذلك فراراً من تنفيذ الدائنين على المال.

٣- دعوى الصورية: التى يستطيع بها الدائن أن يقى نفسه غش المدين المتمثل فى محاولة إبعاد بعض أمواله، عن طريق إبرام تصرفات صورية، عن ضمان الدائنين، فيمكن للدائن ان يطعن فى هذه التصرفات ليستبقى المال الذى خرج ظاهريًا، فى ذمته تمهيداً للتنفيذ عليه بحقه.

٤- يستطيع الدائن طلب شهر إعسار المدين اذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء ، وذلك بغل يده عن التصرف فى أمواله بصورة تضر الدائنين، ومنعه من القيام باجراء يفضل أحدهم عن الآخرين.

(جـ) عدم كفاية الضمان العام ووسائله لحماية الدائنين:

١- إن الضمان العام لا يقدم للدائن الحماية الكافية والتأمين الكامل لاستيفاء حقه الذى قد يضيع كلياً أو جزئيًا بسبب إعسار المدين

أو بسبب مزاحمة باقى الدائنين له فى إستيفاء حقوقهم،أو لمجرد تخلفه لسبب أو لآخر عن المشاركة فى التنفيذ على أموال المدين.أضف الى ذلك أن الضمان العام لا يقى الدائنين مخاطر التصرفات الضارة التى قد يجريها المدين ويترتب عليها إنقاص حقوقه أو زيادة التزاماته.

٢- ولا تكفى الوسائل السابقة التى وضعها القانون تحت تصرف الدائن، فالدعاوي الثلاث (الغيرة مباشرة، البوليصة، الصورية) لا تقى تهاون المدين فى تقاضى حقوقه أو التصرف فى أمواله غشًا بدائنيه لان شروط ممارسة هذه الدعاوى كثيرة ومعقدة وصعبة الاثبات خاصة فيما يتعلق باثبات التواطؤ أو الغش أو الصورية. أضف الى ذلك أن ما ينتج عن ممارسة هذه الدعاوى لا يستأثر به الدائن الذى باشرها بل يتساوى فيه جميع الدائنين، مما يعرضه الى الدخول معهم فى قسمة غرماء ولا يحصل بالتالى إلا على جزء من حقه.

٣- وكذلك الحال بالنسبة لنظام الاعسار حيث يترتب عليه ضمان مساواة الدائنين، إلا أنه لا يضمن للدائن الوفاء الكامل لحقه لأن المال يقسم بين الدائنين قسمة غرماء .

الفرع الثانى

المراكز المتميزة لبعض الدائنين

يوجد الدئن العادى، أحيانا ، فى مركز متميز، يمكنه من إستيفاء حقه دون مزاحمة الدائنين الآخرين له. هذا المركز لا يقصد به تحقيق ضمانة خاصة للدائن ولا يكسبه صفة الدائن الممتاز، بل هو حالة فعلية يوجد فيها الدائن مصادفة، مثل المقاصة والحق فى الحبس والدعوى المباشرة.

١- الدعوى المباشرة:

حيث يخول المشرع الدائن، أحيانًا، دعوى مباشرة ضد مدين مدينه، ويصبح بمقتضاها دائنا شخصياً لمدين مدينه، وله أن يستأثر بالحق الذى لمدينه فى ذمة مدين المدين. يسعى الدائن بطريقة مباشرة وباسمه الشخصى إلى مدين مدينه يسأله الوفاء بما هو مستحق له، ولكن ليس للدائن ان يطالب المدين باكثر مما هو مستحق عليه.

تحقق هذه الدعوى للدائن ضماناً أكيداً لأنه يطالب بحق له، ويستأثر بحصيلتها، ويصبح بذلك بمثابة دائن له إمتياز فى إسيفاء حقه من الحق الثابت لمدينه فى ذمة الغير، ولا يشاركه الدائنون الآخرون فى ذلك، وبالتالى يتجنب الدائن خطر اعسار المدين، وكذا خطر مزاحمة الدائنين العاديين له.

ولكن لا توجد نظرية عامة للدعوى المباشرة فى القانون المدنى، فهى لم تتكرر الا فى مواضع متفرقة بنصوص خاصة، لذا لا يجوز إستعمال هذه الدعوى إلا فى الحالات التى وردت فى التشريع. مثال ذلك علاقة المؤجر بالمستأجرمن الباطن، وعلاقة المقاول من الباطن والعمال مع صاحب العمل، وعلاقة الموكل بنائب الوكيل.

٢- المقاصة:

حيث تفترض ان المدين قد صار دائنًا لدائنه، ومن ثم تجتمع فى كل من طرفى الالتزام صفة الدائن والمدين فى نفس الوقت، فينقضى الدينان بقدر الاقل منهما. وللمقاصة وظيفة مزدوجة، فهى أداة وفاء وأداة ضمان، حيث تحقق نوعاًمن الضمان للدائن، لأنها تمكنه من إسيفاء حقه مما يجب عليه لمدينه، وهو بذلك يتفادى مخاطر إعسار المدين ومزاحمة باقى الدائنين له، ويتجنب مشاركتهم له، ومن ثم فهو يتمتع بنوع من الأولوية والتقدم عليهم. ولكن لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بالحقوق

التى كسبها الغير. مثال ذلك الدائن الذى يسبق فى توقيع الحجز تحت يد المدين.

٣- الحق فى الحبس:

يستطيع الدائن أن يحبس المال أو الشئ الموجود تحت يده للمدين حتى يستوفى حقه المرتبط بهذا الشئ، فهو ضمان خاص أعطاه القانون لكل دائن يكون مديناً فى ذات الوقت لمدينه. يفترض الحق فى الحبس أن هناك شخصين أحدهما يحوز شئًا عليه أداؤه للآخر، وله فى نفس الوقت حق عليه مرتبط بالتزامه هذا، فيكون له أن يحبس الشئ الذى يلتزم بادائه حتى يستوفى حقه. مثال ذلك حبس البائع الشئ المبيع حتى يستوفى الثمن، وأن يحبس المودع لديه الوديعة حتى يتقاضى أجره وما أنفقه فى حفظها.

ولكن الحق فى الحبس لا يحقق لصاحبه، من الناحية القانونية، الحماية الكاملة لان مجرد الحق فى حبس الشئ لا يثبت للحابس أفضلية قانونية فى إستيفاء حقه منه، وبالأولوية، على الدائنين الآخرين. وعلى هذا فاذا قام الدائن الحابس بالتنفيذ على المال المحبوس لأستيفاء حقه فإنه لا يتمتع بأولوية على ثمنه، بل يتعرض لمزاحمة باقى الدائنين حيث يقتسمون معه الحصيلة قسمة غرماء. ولكن الحابس يوجد، من الناحية الواقعية، فى مركز يمكنه من إستيفاء حقه، حيث يستطيع، عملاً، حبس الشئ، حتى يستوفى حقه أو يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا الحق، ولكن الأمر يتطلب توافر شروط الحق فى الحبس من جهة، ويقع، من جهة أخرى، على عاتق الحابس الكثير من الالتزامات فيما يتعلق بالمحافظة على الشئ المحبوس وصيانته.

الفرع الثالث

التأمينات الشخصية والعينية

أمام ضعف الضمان العام وعدم كفايته، كان الدائن فى حاجة الى تأمين خاص يضمن له استيفاء حقه بالكامل، متوقياً بذلك إعسار المدين، ومزاحمة باقى الدائنين. ويتحقق التأمين الخاص فى صورتين:

(أ) التأمين الشخصى:

ويتمثل فى ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلى لضمان الوفاء بحق الدائن، إذ يلتزم شخص آخر بالدين مع المدين، فيصبح أمام الدائن مدينان أو أكثر بدلاً من واحد، ويتعدد بذلك المسئولون عن الدين، ويتعدد بالتالى الضمان العام للدائن، فإذا أعسر المدين رجع الدائن على المسئولين معه عن الوفاء بالدين. والشخص الذى يضم ذمته المالية الى ذمة المدين، قد يكون مديناً بصفة أصلية، وقد يكون مديناً بصفة إحتياطية.

١- المسؤول مع المدين بصفة أصلية: يتحقق لك فى عدة صور:

الأولى: التضامن بين المدينين حيث توجد أكثر من ذمة تضمن الوفاء بالدين، ويستطيع الدائن أن يرجع على أى من المدينين لاستيفاء حقه دون الالتزام بترتيب معين، ويكون كل مدين منهم مسئولا عن كل الدين. والتضامن لا يفترض، ولا يقوم فى المسائل المدنية إلا بناء على أتفاق أو نص فى القانون. ويفترض التضامن فى المعاملات التجارية.

الثانية: عدم قابلية الالتزام للانقسام، فقد يتم الاتفاق على عدم إنقسام الدين بين المدينين المتعددين، فهنا يكون كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً، ويجوز للدائن أن يطالب أياً منهم بالدين كله، وله أن يطالبهم جميعاً، ويكون لمن يوفى بالالتزام حق الرجوع على سائر

المدينين- كما هو الحال بالنسبة للتضامن بين المدينين- كل بقدر حصته.

الثالثة: الانابة الناقصة، حيث يلتزم فيها شخص آخر، بعد رضاء الدائن، بوفاء الدين مكان المدين الأصلى، ويقوم الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول، ومن ثم فهى تقدم تأميناً للدائن.

٢- المسؤول مع المدين بصفة احتياطية: يكون ذلك فى حالة الكفالة الشخصية حيث يتعهد الكفيل أمام الدائن بالوفاء بالدين إذا أعسر المدين، ومن ثم لا يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل إلا بعد مطالبة المدين والتنفيذ على كل أمواله.

(ب) التأمين العينى:

ويتمثل فى تخصيص مال معين بالذات لضمان الوفاء بحق الدائن، ويصبح للدائن على هذا المال حقاً عينياً تبعياً يعطيه الحق فى إستيفاء دينه من ثمنه بالأولوية على سائر الدائنين الآخرين. ويكون للدائن إلى جانب الضمان العام تأمين عينى خاص على عين معينة، ويستطيع أن يتتبعها فى أى يد تكون لاقتضاء حقه، حتى لو تصرف فيها المدين وإنتقلت ملكيتها إلى غيره. والتأمين العينى قد يكون فى صورة رهن رسمى أو حيازى، أو فى صورة إختصاص أو إمتياز.

ويعتبر التأمين العينى من قبيل الحقوق العينية التى تخول صاحبها سلطة مباشرة على الشئ المثقل بها بغض النظر عن مالك هذا الشئ الذى قد يكون المدين نفسه أو شخص آخر، وهو حق عينى تبعى لأنه لا يوجد لذاته بل لضمان حق شخصى فيكون تابعاً له ويدور معه وجوداً وعدماً، ويتبعه فى نشأته وإنقضائه. وصفة التبعية تنطبق على التأمينات الخاصة بنوعيها الشخصية والعينية، فسواء كنا بصدد كفالة أو رهن فلا بد من قيام حق شخصى لضمانه، فإذا إنقضى هذا الحق إنقضى معه الرهن أو الكفالة.

إلا أن التأمينات العينية تتميز عن التأمينات الشخصية بعدة مزايا ، جعلتها تحتل مكانة هامة فى توفير الإئتمان اللازم للحياة الاقتصادية، وتتمثل هذه المزايا فى:

١- يكون لصاحبها ميزة الأفضلية أو الأولوية فى إستيفاء حقه من المال المثقل بالتأمين العينى، أى أن الدائن يتقدم على غيره من الدائنين فى أقتضاء حقه. ويلاحظ أن وجود التأمين العينى لا يسلب الدائن حقه فى الضمان العام على مجموع أموال المدين، فهو يستطيع أن ينفذ على أى من هذه الأموال، إلا أنه يتعرض لمزاحمة سائر الدائنين.

٢- يستطيع الدائن صاحب التأمين العينى أن يتتبع المال المحمل بالتأمين لاقتضاء حقه منه وذلك بالتنفيذ عليه فى أى يد كان، إذا تصرف فيها المدين للغير.

٣- يظل المال المثقل بالحق العينى التبعى مملوكاً لصاحبه، ويكون حر التصرف فيه، إلا أنه ينتقل إلى الغير محملاً بهذا الحق.

٤- توفر التأمينات العينية الثقة للدائن، حيث تقدم له ضماناً خاصاً يشجع على إئتمان المدين، وذلك بتقديم المال الذى يلزمه ومنحه الأجل الكافى للسداد، ويؤثر ذلك بلا شك فى زيادة المعاملات المالية ورواج التبادل والنشاط الاقتصادى.

(جـ) المقارنة ين نوعى التأمينات(الشخصية والعينية):

١- تشترك التأمينات الشخصية والعينية فى خاصية التبعية، حيث أنها لا توجد مستقلة، بل تنشأ بالتبعية لحق شخصى، فهى توجد لضمان الوفاء بالحقوق الشخصية أياً كان موضوعها أو سببها، فيجوز ضمان الحق الشخصى الذى يكون موضوعه نقل حق عينى

أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. فالمقاول يمكن أن يقدم كفالة أو رهناً لضمان تنفيذ التزامه بالعمل الذى تعهد بالقيام به. ويجوز ضمان الحق الناتج عن العقد أو الفعل الضار أو الفعل النافع أو القانون. فالمتعاقد يمكن أن يقدم كفيلاً أو رهناً لضمان تنفيذ التزاماته الناتجة عن لعقد، ونفس الشئ بالنسبة للمسؤول عن العمل غير المشروع لضمان إلتزامه بالتعويض، إلا أنه من الملاحظ عملياً أن التأمين الخاص ينشأ لضمان الوفاء بمبلغ من النقود.

ويترتب على تبعية التأمين الخاص للحق الشخصى أنه يدور معه وجوداً وعدماً فهو ينشأ لضمانه، وينتقل معه كما فى حالة الحوالة التى تشمل الحق بضماناته، وينقضى بانقضائه ويتبعه فى صحته وبطلانه، فالتأمين الخاص لا يكون صحيحاً إلا إذا كان الحق الذى يضمنه صحيحاً.

٢- كانت التأمينات الشخصية أسبق فى الظهور من التأمينات العينية، فقد كانت الصلة القوية بين أفراد العائلة تيسر على المدين أن يقدم إلى الدائن من يلتزمون بوفاء الدين معه. أضف إلى ذلك أن ضعف قيمة المنقولات، والملكية المشتركة للعقارات، كأثر لملكية الأسرة، وإعتبار الحائز مجرد نائب عن أفراد الأسرة فى الحيازة، كان سبباً فى صعوبة ظهور نظام التأمين العينى.

إلا أنه بفضل استقرار نظام الملكية الفردية، وتزايد قيمة الثروات المنقولة، تقدمت نظم التأمينات العينية، وأصبح من السهل ورودها على المنقول والعقار سواء من خلال الشهر أو الحيازة، بل أن هذه النظم أصبحت أكثر أهمية بالنسبة للدائن من التأمينات الشخصية لأنها تجنبه خطر إعسار المدين ومن يلتزمون بالوفاء بالدين إلى جانبه، وتحصنه من

قاعدة قسمة الغرماء، وتمكنه من تتبع المال المحمل بحقه فى أى يد تكون.

٣- يعتبر التأمين العينى إستثناء على قاعدة المساواة بين الدائنين، لذا فهو لا ينشأ إلا فى الصورة التى أباحها القانون، وعلى هذا فإن التأمينات العينية ترد فى القانون على سبيل الحصر، ومن ثم لا يجوز القياس عليها أو التوسع فى تفسيرها.

أما التأمينات الشخصية فتعتبر تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين فى الضمان العام لذا فهى يمكن أن تنشأ فى أى شكل يرتضيه الأطراف بشرط ألاينطوى ذلك على مخالفة للنظام العام والآداب. لهذا نلاحظ تطوراً وإزدهاراً ملحوظاً فى نظام التأمينات الشخصية فى مجال التجارة والمعاملات، ويبدو ذلك واضحاً فى تطور عمليات البنوك والائتمان وما تقدمه لعملائها من ضمانات فى التعامل.

(د) أنواع التأمينات الشخصية والعينية:

لعل أهم أنواع التأمينات الشخصية هو الكفالة، فهى التنظيم النموذجى للتأمين الشخصى، وهى التى تنصب عليها الدراسة فى هذا الصدد، باعتبار أن الأنواع الأخرى من التأمينات الشخصية ترد دراستها ضمن النظرية العامة للالتزام.

وقد عالج القانون المدنى الكفالة فى الكتاب الثانى المخصص للعقود المسماه. باعتبارها من تلك العقود، حيث أوردها فى الباب الخامس(المواد ٧٧٢إلى ٧٨١).

أما التأمينات العينية فتتنوع بحسب مصدرها أو محلها أو بحسب حيازة المال التى ترد عليه.

فمن حيث المصدر هناك التأمينات الاتفاقية التى تنشأ عن طريق

العقد وهى الرهن الرسمى والرهن الحيازى، وهناك التأمينات القضائية التى يقررها القاضى وينطبق ذلك على حق الاختصاص. وأخيراً هناك التأمينات القانونية حيث يكون مصدرها القانون ويتمثل ذلك فى حقوق الامتياز.

ومن حيث المحل هناك التأمينات التى ترد على العقار فقط وهى الرهن الرسمى والاختصاص، وثمة تأمينات ترد على المنقول أو العقار وهى الرهن الحيازى وحقوق الامتياز.

وأخيراً فأن التأمينات العينية تنقسم من حيث حيازة المال الذى ترد عليه إلى تأمينات تقتضى وضع المال فى حيازة الدائن وهى الرهن الحيازى، وثمة تأمينات لا تقتضى نقل الحيازة، بل يظل المال محملاً بالتأمين وهو فى حيازة المدين أو غيره، وينطبق ذلك على الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز.

خصص المشرع الكتاب الرابع من القانون المدنى للتأمينات العينية، وعنونه بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية وقسمه إلى أربعة أبواب كرسها على التوالى للرهن الرسمى، وحق الاختصاص، والرهن الحيازى، وحقوق الامتياز. وعلى هذا فأنه يمكن القول بوجود نظرية متكاملة للتأمينات فى القانون المصرى.

(هـ) جدوى التأمينات الشخصية والعينية:

لا شك فى أهمية التأمينات السابقة فى ضمان حق الدائن، حيث يضعه التأمين العينى فى مركز متميز عن غيره من الدائنين ويقيه مخاطر إعسار المشترى، وهو أيضاً يتقى تلك المخاطر من خلال كل من التأمين والكفالة، خاصة إذا كانت مصرفية.

إلا أنه ليس من السهل دائماً الحصول على تلك التأمينات حيث يصعب على المدين، غالباً، تقديمها سواء لعدم توافرها أو لارتفاع

تكلفتها، فقد لا يجد المدين كفيلاً يكفله أو مالاً يقدمه رهناً. ويشكل التأمين عبئًا مالياً على المدين الذى غالباً ما يكون فى حاجة كبيرة إلى الائتمان.

أضف إلى ذلك ما تنطوى عليه الضمانات السابقة من بعض المخاطر والعيوب، فالتأمينات العينية قد تسبقها حقوق أخرى كحقوق الامتياز العامة والرهون وحقوق الامتياز الخاصة الأسبق فى القيد، يقتضى الرهن الرسمى العديد من الاجراءات القانونية كالقيد والتجديد وإجراءات بيع العقار. يلقى الرهن الحيازى على عاتق الدائن عدة التزامات تتعلق بحفظ وإستغلال المال المرهون. تتوقف جدوى الكفالة على مدى يسر وملائمة الكفيل الذى قد يتعرض هو الآخر للاعسار.

لكل ذلك كان من الضرورى البحث عن وسائل أخرى لحماية الائتمان.

الفرع الرابع

الضمانات الأخرى لحماية الائتمان

أدى اتساع نطاق الائتمان وتزايد أهميته فى العصر الحاضر إلى الاقبال المتزايد على التأمينات وإستحداث صور جديدة للضمان، فقد تطورت المعاملات الاقتصادية والمصرفية والمشروعات المشتركة، وعجزت التأمينات التقليدية عن مواجهة تلك الحاجة نظراً لما تنطوى عليه من وقت ونفقات نتيجة إشتراط الرسمية أو إتخاذ إجراءات الشهر والعلانية من جهة وبسبب إجراءات الحجز والتنفيذ والبيع بالمزاد من جهة أخرى، أضف إلى ذلك أن بعض التأمينات، مثل الرهن الحيازى، قد يؤدى إلى عرقلة تداول الأموال، بل ويصعب توفيرها فى كثير من الأحيان.

كشف العمل عن ظهور وسائل أخرى للضمان تختلف فى قوتها ومداها بحسب حاجة الدائنين، وقدرة المدينين، ونوعية النشاط

الاقتصادى، وعما إذا تعلق الأمر بنشاط إنتاجى أم مهنى أم إستهلاكى.

ولعل من أهم تلك الصور البديلة لحماية الائتمان: حوالة الحق، نقل الملكية على سبيل الضمان، التأمين، الزام المدين بعمل أو إمتناع عن عمل، حق الدائن فى الاطلاع على ذمة ونشاط مدينه، الضمان بمجرد الطلب(خطاب الضمان)، خطابات الطمأنينة.

وتبدو حيوية الائتمان وازدهاره فى مجال البيع وخاصة فى المعاملات التجارية. ويدفعنا ذلك إلى تناول ضمانات البيع الائتمانى بصفة عامة، وشرط الاحتفاظ بالملكية بصفة خاصة.

(أ) حوالة الحق:

أدى تطور الائتمان إلى سهولة تداول الحقوق وتوظيف حوالتها على سبيل الضمان، وتطلب الائتمان التجارى تسهيل إنتقال الحقوق وتداولها والتخلص من الاجراءات التى تعرقل تداول الحقوق المدنية. ومن المقرر أن الحق المدنى الثابت فى سند إسمى أو أذنى لحامله، يتم إنتقاله وتداوله بنفس الطرق والوسائل المتبعة فى القانون التجارى.

وترد حوالة الحق على سبيل الضمان إما على حق معين مثل حوالة الأجر، أو على مجموع من الحقوق. وتنقسم هذه الحالة الحالة الأخيرة إلى نوعين: الأول هو الحوالة الاجمالية التى ترد على كل الحقوق الناتجة أو التى ستنتج عن النشاط المهنى للمدين أو على مجموعة معينة من هذه الحقوق، كالحقوق الناتجة عن تسليم البضاعة لعملاء منطقة معينة أو للمناطق التى تبدأ أسماؤها بحروف هجائية محددة (تبدأ من حرف أ إلى حرف د مثلاً). الثانى هو الحوالة داخل إطار محدد حيث يتعهد المدين بأن يحيل للدائن، طبقاً للمبلغ المراد ضمانه، مجموعة من الحقوق

القائمة التى تتجدد مع إستمرار الوفاء بها (الحقوق الدورية كالأجرة مثلاً).

(ب) نقل الملكية على سبيل الضمان:

ترتب على عدم فاعلية التأمينات العينية ظهور نقل الملكية على سبيل الضمان، كوسيلة من بين وسائل أخرى، لضمان حق الدائن. ويتم ذلك بعقد ينقل بمقتضاه المدين ملكية مال معين، على سبيل الضمان لحق الدائن، على أن يلتزم الأخير باعادة نقل الملكية إلى المدين مرة أخرى بعد الوفاء بالدين أو ما يقوم مقامه.

ولعل الصورة البازة لذلك هى بيع الوفاء، حيث يبيع المدين مالاً معيناً لدائنه، الذى يتملك هذا المال تحت شرط فاسخ، يتمثل فى عودة المال إلى البائع بمجرد رد الثمن والمصروفات للدائن المشترى. مؤدى ذلك أن البائع يحتفظ لنفسه بحق إسترداد المبيع عند رد الثمن والمصروفات خلال مدة معينة، حيث ينفسخ العقد ويعود المبيع إلى المالك بأثر رجعى.

يعتبر بيع الوفاء وسيلة من وسائل الائتمان حيث ينقل المقترض إلى المقرض ملكية مال على سبيل الضمان. وهنا يكون الدائن بمنأى عن إعسار أو إفلاس المدين، ولا يتعرض لمزاحمة باقى الدائنين. ويضمن الدائن حقه بتملك المال دون حاجة إلى الاجراءات الطويلة والمعقدة التى يفرضها الرهن الرسمى.

ويعد بيع الوفاء وسيلة سهلة للتحايل على أحكام القانون التى تحظر تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء، حيث يتملك الدائن المبيع إذا لم يرد المدين الثمن والمصروفات فى الموعد المحدد، وهو ثمن صورى يمثل الدين وفوائده التى غالباً ما تكون مبلغاً باهظاً يخفى فوائد ربوية، لذلك نص المشرع على إبطال هذا البيع. ولكن بعض الدول تجيزه بضوابط معينة مثل فرنسا ولبنان.

وتوجد صورة أخرى لنقل الملكية علس سبيل الضمان تتمثل فى التصرف الائتمانى حيث يتم بمقتضاه نقل ملكية الشيء إلى الدائن بصورة مستقلة عن رابطة الالتزام مصدر المديونية. يتملك الدائن الشئ ولكن ملكيته تكون مقيدة بالالتزامات المتفق عليها، وأهمها الالتزام بالرد عند قيام المدين بالوفاء بالتزامه. ويمكن أن يرد التصرف على الأشياء والحقوق الشخصية، وههنا نقترب من حوالة الحق على سبيل الضمان السابق بيانها.

(جـ) التأمين:

يلعب التأمين دوراً هاماً فى تنشيط الائتمان على المستوى الفردى والجماعى من خلال عدة صور.

١- يقوم المدين بالتأمين على العين المثقلة بالتأمين العينى (العقار المرهون مثلاً)، حيث يتعلق حق الدائن بمبلغ التأمين أو التعويض فى حالة هلاك تلك العين. يقوى التأمين المال الذى يقدمه المدين للدائن كضمان لما يحصل عليه من إئتمان، فغالباً ما يشترط المقرض التأمين على الشئ المرهون ضدد السرقة أو الحريق، كى يستطيع أن يستوفى حقه من مبلغ التأمين فى حالة تعرض المال المرهون للخطر، ومن ثم فأن التأمين على المال الضامن للدين كثيراً ما يكون وسيلة أو شرطاً للحصول على الائتمان.

٢- يلتزم المشترى فى البيع بالتقسيط، أحياناً، بالتأمين على المبيع ذاته بمبلغ يعادل قيمة الثمن المؤجل يحصل عليه البائع عند فقد المبيع أو هلاكه. ويمثل بقاء المبيع أهمية معينة بالنسبة للبائع سواء لأنه يحتفظ بملكيته رغم وجوده فى حيازة المشترى، أو لأنه يستطيع إسترداده أثر فسخ البيع عند تخلف المشترى عن الوفاء.

٣- يقوم المدين، أحياناً، بالتأمين على حياته لصالح الدائن الذى يتمكن من إستيفاء دينه من مبلغ التأمين إذا توفى المدين قبل السداد.

٤- ويمكن أن يتخذ التأمين صورة تأمين الدين، حيث يتم التأمين ضد مخاطر إعسار المدين أو عدم قيامه بالسداد.

٥- يستطيع المستفيد من التأمين على الحياة الحصول على الائتمان ضمن بوليصة التأمين، حيث يصبح لها قيمة فى ذاتها تتمثل فى الاحتياطى المكون من الاقساط المدفوعة. تضمن البوليصة للمقرض قيمة القرض، ففى حالة عدم السداد يمكن للدائن الحصول على حقه من قيمة البوليصة.

يقوم المستأمن أحياناً برهن وثيقة التأمين على حياته لضمان حصوله على قرض، بل قد يعمد الشخص، عند حاجته إلى الاقتراض، إلى إبرام وثيقة تأمين على حياته ليقوم برهنها إلى دائنه الذى يستطيع إسيفاء حقه منها إذا توفى مدينة قبل تمام الوفاء.

ويختلف رهن وثيقة التأمين عن التأمين لمصلحة الدائن، فالرهن يتمثل فى إنشاء حق عينى تبعى للدائن على حق المستأمن المدين فى مبلغ التأمين، أما الثانى فهو تأمين المقترض على حياته لمصلحة الدائن مباشرة.

٦- وعلى مستوى الجماعة تلعب رؤوس الأموال المجتمعة من الأقساط لدى شركات التأمين دوراً هاماً فى تدعيم الائتمان العام بالدولة، حيث يساعدها التأمين فى الحصول على ما تحتاجه من قروض من خلال توظيف الأموال المذكورة فى السندات العامة التى تصدرها.

(د) التزام المدين بعمل أو الامتناع عن عمل:

يلزم الدائن مدينه، أحياناً، بالقيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، وذلك بهدف تعزيز الضمان أو تفادى التصرفات التى تسئ المركز المالى للمدين. وتلك الالتزامات متنوعة ومتطورة، منها ما هو تقليدى، ومنها ما هو مستحدث تمشياً مع مقتضيات الائتمان والتجارة. ولعل أبرز تلك الصور:

١- شرط المنع من التصرف: يشترط المتصرف على المتصرف إليه عدم التصرف فى الشئ مدة زمنية معقولة وذلك لباعث مشروع، فيمكن أن يشترط البائع عدم تصرف المشترى فى المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن. يكون الشرط صحيحاً فى البيع الائتمانى مؤجل الثمن، حيث لا شك فى مشروعية الباعث ألا هو ضمان إستيفاء الثمن وحث المشترى على الوفاء به، ولا شك أيضًا أن مدة الشرط تكون معقولة لأنها تتمثل في فترة الوفاء بالأقساط المؤجلة.

ويؤدى الشرط إلى بقاء المبيع فى يد المشترى إلى حين الوفاء بكل الثمن، ومن شأن ذلك ضمان فعالية حق البائع فى طلب الفسخ واسترداد المبيع فى حالة التخلف عن الوفاء بالثمن، بل إن مخالفة حكم الشرط تخول المتعاقد الذى إشترطه، فضلاً عن طلب بطلان التصرف المخالف، الحق فى فسخ العقد الأصلى الوارد فيه الشرط.

ويمكن أن يعاب، مع ذلك، على الشرط المانع من التصرف أنه لا يقدم ضمانات عينية أو شخصية مباشرة للبائع تضمن له إستيفاء حقه فى الثمن، فهو يظل مهدداً بمخاطر إعسار المشترى ومزاحمة باقى الدائنين فى حالة التنفيذ على أمواله بصفة عامة، وعلى ثمن المبيع خاصة، اللهم إلا إذا تمسك بحق امتيازه كبائع على هذا الثمن، هذا بالاضافة إلى أنه إذا تعلق الأمر بمنقول وتسلمه شخص حسن النية كان

له التمسك بقاعدة الحيازة سند الملكية.

٢- **يمكن أن يشترط الدائن المرتهن على الراهن عدم التصرف** فـى العقار المرهون قبل حلول أجل الدين، وذلك زيادة فى ضمانه.

٣- **تلجأ البنوك، أحياناً، إلى إتخاذ بعض الاحتياطات** التى تزيد من قدرة المدين على الوفاء بالتزامه. مثال ذلك الاشتراط على المقترض عدم التصرف فى عقاراته أو رهنها، وعدم الدخول فى شركة، وعدم رهن محله التجارى، عدم الاقتراض، ومنع الشركة المقترضة من توزيع أرباح خلال مدة معينة حتى تصل إحتياطاتها إلى حد معين.

(هـ) حق الدائن فى الاطلاع على ذمة ونشاط مدينه:

يتمتع الدائن بحق الضمان العام على ذمة المدين، إلا أنه ليست لديه الوسائل الآزمة لمعرفة عناصر هذه الذمة على وجه الدقة، والبصر بما قد يقوم به المدين من تصرفات لاضعاف هذا الضمان، ولا شك أن كل إجراء للتحرى أو التدخل من جانب الدائن يعد أمراً متعارضا مع حرية المدين وسرية أعماله ونشاطه المهنى وحساباته المصرفية. لذلك فإن حق الدائن فى الاطلاع على ذمة مدينه ونشاطه يثير كثيراً من التحفظات رغم أنه أصبح ضرورة ملحة فى الوقت الحاضر، وخاصة على ضوء تطور نظم المعلومات.

يحاول الدائن عن طريق الاتفاق أن يرتب لنفسه حق الاطلاع على ذمة مدينه، وحق رقابة التنفيذ المنتظم لالتزاماته. وقد يستعين الدائن بالمتخصصين فى البحث والتحرى لتزويده بالمعلومات اللازمة لذلك. ولا شك إن تدخل الدائن فى شؤن مدينه له طبيعة استثنائية ويثير العديد من التحفظات، إلا أنه يمكن إتخاذ بعض الإجراءات التحفظية التى

تهدف إلى تجنب إختفاء أموال المدين. ويتحفظ القضاء كثيراً فى هذا الصدد حيث ينطوى الأمر على إنتهاك السرية والحد من أهلية المدين.

ولعل من أهم التطبيقات تعيين البنك مراقباً لدى الشركة المدينة وتخويله حق حضور جلسات مجلس الادارة والاطلاع على كل التصرفات والمستندات الخاصة بالشركة. ولكن حق الاطلاع المقرر للدائن، سواء كان قانونياً أو إتفاقياً، لا زال محدوداً.

(و) الضمان بمجرد الطلب (خطاب الضمان):

نشأ هذا الضمان وتطور فى العلاقات الدولية والداخلية، حيث يتلزم البنك، بناء على طلب عميله، بأن يقدم للمستفيد مبلغاً من النقود عند الطلب. يتسم هذا الضمان بالاستقلال حيث يلتزم الضامن بتنفيذ التزامه مهما كانت إعتراضات معطى الأمر المستمدة من العقد الأصلى بينه وبين المستفيد. يتطلب المشترى أو صاحب العمل ذلك الضمان لضمان حسن التنفيذ، ويتمثل ذلك عادة من جانب البنك فى صورة خطاب ضمان. هنا يتجنب الدائن أى مناقشة أو إجراءات قضائية قبل طلب الضمان، حيث يلتزم البنك بالدفع بمجرد الرجوع عليه ودون أن يدفع فى مواجهته بأى دفع.

يستمد هذا الضمان فعاليته وقوته من إستقلالية إلتزام الضامن فى مواجهة المستفيد عن العلاقة بين الأخير ومعطى الأمر، وينتج عن ذلك عدم جواز تمسك البنك بالدفوع المستمدة من العقد الأساسى.

(ى) خطابات الثقة أو الطمأنينة:

تهدف هذه الخطابات إلى طمأنة الدائن عند منح الائتمان للمدين، حيث يرسل الشخص خطاباً إلى الدائن بقصد تعزيز الثقة فى المدين،

يتعهد فيه فى عبارات عامة مطمئنة بأنه سيقوم، عند اللزوم، بمساعدة المدين على الوفاء أو حثه على ذلك. وتأخذ هذه الخطابات أشكالاً متعددة وتتفاوت فى قوتها وطبيعتها، ويتوقف ذلك على الصياغة المستعملة، فقد نكون بصدد مجرد التزام أخلاقى أو التزام طبيعى أو مدنى، وقد نكون بصدد التزام بغاية أو إلتزام بتحقيق نتيجة يتحول إلى مبلغ من التعويض عند عدم التنفيذ.

مثال ذلك اصدار الشركة الأم خطاباً بهدف تسهيل حصول الشركة التابعة لها على الائتمان اللازم لها من أحد البنوك، تتعهد الشركة بالسهر على قيام الشركة المقترضة بالوفاء بالتزاماتها وعمل اللازم نحو تحسين مركزها العالى، هنا تعتبر الشركة الأم ملتزمة مدنياً بتحقيق نتيجة يترتب على عدم تنفيذها دفع مبلغ تعويض للدائن يعادل قيمة الدين.

الفرع الخامس

ضمانات البيع الائتمانى

نعرض لما هية البيع الائتمانى ومدى جدوى الضمانات القانونية لحق البائع فى إسيفاء الثمن، ثم نتناول كل من البيع الايجارى والتأجير الائتمانى والبيع بالتقسيط وشرط الاحتفاظ بالملكية.

الغصن الأول

ماهية البيع الائتماني

(أ) تعريف:

البيع الائتمانى هو بيع عادى ينعقد صحيحاً ومن شأنه ترتيب آثاره كاملة، إلا أن أحد الأطراف يأتمن الآخر على إرجاء تنفيذ التزام ما لفترة محددة لسبب أو لآخر، أى أنه يتم الاتفاق بين الأطراف على إرجاء أحد

الالتزامات بغية تحقيق هدف معين، فقد يتفق الأطراف على إرجاء دفع الثمن أو جزء منه لأجل أو لآجال محددة،أو إرجاء تسليم المبيع لحين الحصول عليه أو لحين إستكماله، أو إرجاء تنفيذ نقل الملكية لحين إستيفاء الثمن.

فالبيع الائتماني بيع موجود وصحيح، والأصل فيه أنه منجز، إلا أنه يتضمن إتفاقاً على تأجيل تنفيذ إلتزام أحد المتبايعين. يوجد البيع الائتماني في كل حالة لا يتعاصر فيها تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه، فإذا تأخر تنفيذ أحد هذه الالتزامات كان البيع إئتمانياً بالنسبة للطرف الدائن بهذا الالتزام.

يكون البيع إئتمانياً بالنسبة للبائع إذا كان التزام المشترى بسداد الثمن موجلاً، كله أو بعضه، على الرغم من تسليم المبيع. ويكون البيع إئتمانياً بالنسبة للمشترى إذا كان التزام البائع بتسليم المبيع مؤجلاً على الرغم من قيام المشترى بسداد كل أو بعض الثمن، نفس الحكم إذا كان الالتزام المؤجل التنفيذ هو الالتزام بنقل الملكية .

يتضح من ذلك أن البيع الائتماني يوجد كلما إئتمن أحد الطرفين الآخر، أياً كان محل هذا الائتمان حيث تكمن الحكمة من إعتبار البيع ائتمانياً وراء التنفيذ الآجل أو المستقبل للالتزام وما يحيط ذلك من مخاطر محتملة. إن عقد البيع، بطبيعته، عقد فورى النفيذ، تتولد آثاره كاملة بمجرد إنعقاده صحيحاً مستوفياً أركانه وشروطه، إلا أنه يجوز لأطرافه الاتفاق على تأجيل تنفيذ بعض آثاره فيصبح بذلك عقداً إئتمانياً نظراً للثقة التى يوليها الطرف الأول الذى قام بتنفيذ التزامه للطرف المدين بالالتزام المؤجل وما ينطوى عليه ذلك من مخاطر.

(ب) أهمية البيع الائتماني:

تطور البيع الائتمانى تطوراً ملحوظاً فى العصر الحديث وإزدادت أهميته على كل من الصعيد الاقتصادى والقانونى حيث إحتل مكانة بارزة فى معاملات الأفراد والمؤسسات سواء فى مجال الانتاج أو فى مجال الاستهلاك. فقد أدى تداخل العلاقات الاقتصادية وثقل حجمها النقدى إلى إزدهار فكرة الائتمان كوسيلة لمواجهة العجز المؤقت عن الوفاء بالالتزام الذى يتطلب جهداً ووقتاً إضافياً. لذا تزايد إهتمام التشريعات الحديثة بتنظيم البيع الائتمانى الذى أسفر العمل عن تطبيقات وصور عديدة له وما يستتبع ذلك من مشاكل ومسائل متعددة الجوانب.

فالبيع الائتمانى ينطوى بلا شك على فوائد جمة بالنسبة لكل من المدين والدائن، حيث يتمكن الأول من قضاء حاجياته رغم ضعف إمكانيته، ويتمكن الثانى من مضاعفة عملياته التعاقدية ونشاطه الاقتصادى. ولكن الأمر ينطوى من جهة آخرى على كثير من المخاطر حيث قد يتورط الفرد، أمام إغراء الائتمان، فى العملية التى تفوق إمكانيته وتوقعاته مما يعرضه للتقاعس عن الوفاء بالتزاماته والمساس بذلك بحقوق الدائن الذى يحاول الاحتياط، فى هذا الشأن، من خلال الحصول على أكبر قدر ممكن من الضمانات لحقوقه. لذا يحرص المشرع عند تنظيم البيع الائتمانى على شمول أحكامه لمصالح كل من الدائن والمدين بالائتمان بل والغير الذى قد يؤثر هذا البيع على حقوقه أو مركزه القانونى.

الغصن الثاني

الضمانات القانونية لحق البائع في الثمن

البائع يمكن أن يواجه بتقاعس المشترى عن السداد من جهة، ويمكن أن يتعرض لمخاطر إعساره من جهة أخرى. لذا يثور التساؤل حول معرفة الضمانات التى يكفلها النظام القانونى لتأمين حق البائع وبيان أوجه القصورفيها التى أدت إلى تفتق العمل عن الكثير من الضمانات الاتفاقية البديلة لتقوية الائتمان الذى يمنحه البائع للمشترى.

إذا أخل المشترى بالتزامه بالوفاء بالثمن كان للبائع، طبقاً للقواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين، الحق فى حبس المبيع، إذا كان لم يسلمه، حتى يستوفى الثمن، ويمكنه المطالبة بفسخ البيع وإسترداد المبيع. ويستطيع البائع، بدلاً من ذلك، الزام المشترى بأداء الثمن من خلال التنفيذ الجبرى على أمواله، وقد خوله المشرع، فى هذا الصدد، ميزه التقدم على الدائنين فى استيفاء الثمن من حصيلة بيع المبيع. وقد تعرضنا من قبل للحق فى الحبس. والشرط المانع من التصرف. ونعرض فى هذا الصدد لكل من الشرط الجزائى والفسخ وحق الامتياز.

(أ) الشرط الجزائى:

يلجأ المتعاقدان فى البيع الائتمانى، أحياناً إلى الشرط الجزائى كوسية تأمينية لضمان قيام المدين بتنفيذ إلتزامه، حيث يتم الاتفاق على مبلغ كبير من المال يلتزم المدين بدفعه فى حالة الاخلال بالالتزام. ولكن فعالية الشرط المذكور، فى أداء تلك الوظيفة، تتضاءل أمام السلطة التى يتمتع بها القاضى فى إستبعاد تطبيقه أو تخفيضه، حيث تقضى المادة ٢٢٤ بأنه « ١- لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ٢- ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة

كبيرة، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه. ٣- ويقع باطلاً كل إتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين».

وقد طبق المشرع تلك المبادئ بصدد البيع بالتقسيط حيث تقضى المادة ٢/٤٣٠ بأنه: «إذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضى تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤». وعلى ذلك فإن المدين بالأقساط قد لا يعبأ بالشرط الجزائى لثقته فى إمكانية المطالبة بتخفيض قيمته المبالغ فيها التى تمثل الجانب الضاغط عليه، خاصة وأن سلطة القاضى فى هذا الصدد أمر يتعلق بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على إستبعادها أو الحد منها.

أضف إلى ذلك أن الشرط الجزائى لا يقى الدائن من مخاطر إفلاس أو إعسار المدين وتعرضه لمزاحمة سائر الدائنين.

(ب) الفسخ وعدم جدواه فى ضمان حق البائع:

إن حق البائع، فى حالة عدم وفاء المشترى بالثمن، فى فسخ العقد وإسترداد المبيع لا يشكل ضمانة كافية لاستيفاء حقه فى البيع الائتمانى للأسباب الآتية:

أولاً: لا يجوز الحكم باجابة طلب الفسخ واسترداد المبيع إلا بعد ثبوت إخلال المشترى بالتزامه بالوفاء بالثمن كلياً أو جزئياً، ويتحقق الاخلال بانسبة للثمن المستحق الأداء دون الثمن المؤجل أو المقسط، ويتضمن البيع بالتقسيط فى الغلب، شرطاً مؤداه حلول باقى الأقساط فى حالة التخلف عن دفع قسط، ويكون للبائع الحق فى المطالبة بكل الأقساط، فإذا استمر المشترى فى عدم الدفع، جاز المطالبة بفسخ البيع وإسترداد المبيع.

والواقع أن نظام الفسخ لا يتفق مع طبيعة البيع الائتماني وغايته، فالبائع يرمى إلى تنفيذ العقد لا إنحلاله، تحقيقاً لرواج نشاطه الاقتصادي، ومن ثم فإنه يحرص ما أمكن على إستيفاء الثمن دون إسترداد المبيع، لا شك أن الفسخ يمثل سلاحاً تهديدياً لحمل المشترى على السداد، إذا كان راغباً فى الاحتفاظ بالمبيع، إلا أن المشترى المتقاعس، غالباً، ما لا تكون لديه تلك الرغبة لسبب أو لآخر، وهذا ما لا يفضله البائع، خاصة وأن أعمال الأثر الرجعي للفسخ يتسم بالكثير من المصاعب كما سنرى.

ثانيًا: أن الفسخ لا يقع، فى الأصل، إلا بحكم من القضاء، فالفسخ لا يقع بمجرد تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن، بل يستوجب الأمر عرض الموضوع على المحكمة ليتبين القاضى مدى الاخلال بالالتزام، وهو يتمتع بسلطة تقديرية فى إجابة طلب الفسخ، حقاً أن الأطراف يمكنهم تضمين العقد شرطاً صحيحاً فاسخاً من شأنه أن يسلب المحكمة كل سلطة فى صدد الفسخ متى تحققت من حصول المخالفة الموجبة له، إلا أن ذلك منوط بأن تكون صياغة الشرط واضحة ولاتثير أى لبس حول مضمونه ومداه.

ثالثاً: إن ملكية المبيع تنتقل، فى الأصل، إلى المشترى بمجرد التعاقد الصحيح، ويصبح من حقه التصرف فيه مادياً أو قانونياً. يؤدى فسخ البيع إلى محو العقد وإزالته بأثر رجعي. ويصعب إعمال هذا الأثر، عملاً، لتعارض ذلك مع التصرفات التى يكون المشترى قد أجراها على المبيع مما يستوجب، فى كثير من الحالات، تحول حق البائع فى الاسترداد إلى مجرد التعويض:

١- فقد يتصرف المشترى فى المبيع مادياً باستهلاكه أو بتغير حالته، كتحويل الخشب إلى أثاث أو طحن الغلال أو تفصيل القماش إلى

ملابس، هنا يتعذر إعمال الفسخ وبالتالى الاسترداد ويستعاض عنه بالتعويض.

٢- وقد يتصرف المشترى فى المبيع تصرفاً قانونياً قبل أن يتقرر الفسخ، فإذا كان المبيع منقولاً وتسلمه المتصرف إليه بحسن نية، كان من حقه التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية، ولا يتأثر حقه بالفسخ، ولن يتمكن البائع من إسترداد المبيع ولا يكون أمامه سوى التعويض.

وإذا كان المبيع عقاراً وتصرف فيه المشترى، فإن المتصرف إليه حسن النية يحتج بحقه قبل البائع الأصلى طالما كان قد سجل عقده قبل شهر دعوى الفسخ، مؤدى ذلك أن فسخ بيع العقار لا يسرى فى حق الغير الذى كسب حقاً على هذا العقار بحسن نية وقام بتسجيل حقه قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ. فإذا كان المشترى قد باع العقار وسجل المشترى الثانى حسن النية عقده قبل تسجيل دعوى الفسخ فأن الملكية تبقى له ولا يكون أمام البائع الأول سوى الحق فى التعويض. وإذا كان المشترى قد رهن العقار إلى دائن حسن النية قام بشهر حقه قبل تسجيل دعوى الفسخ، فإن فسخ البيع لا يوثر على حق الدائن المرتهن وتعود العين إلى البائع الأصلى محملة بالرهن.

وينبغى الأشارة إلى أنه بالنسبة للفسخ الناجم عن عدم دفع باقى الثمن ينفذ حكم الفسخ «فى حق الغير ليس من وقت شهر دعوى الفسخ فحسب، بل من وقت تسجيل عقد البيع إذا كان مذكوراً فيه عدم دفع الثمن كله، لأن ذكر ذلك فى العقد المسجل يكفى لاحاطة الغير علماً باحتمال تأخر المشترى فى دفع باقى الثمن وإحتمال فسخ البيع تبعاً لذلك».

٣- وبالنسبة لعقود الادارة، فالأصل أن أعمال الادارة التى يبرمها

المشترى على المبيع تظل قائمة لصالح من تعامل معه بحسن نية، ويعد من أعمال الأدارة الايجار الذى لا تزيد مدته على ثلاث سنوات، ويظل سارياً فى مواجهة البائع رغم فسخ البيع واسترداد المبيع.

رابعاً: يسقط حق البائع فى رفع دعوى الفسخ إذا قام دائنو المشترى بالحجز على العقار المشترى وبيعه بالمزاد العلنى، حيث يؤدى ذلك إلى تطهير العقار من دعوى الفسخ. لذا يجب على الدائن الحاجز إعلان البائع الذى لم يستوف الثمن حتى يتمكن من ممارسة حقه فى الفسخ، فإذا أراد البائع أثناء إجراءات التنفيذ رفع دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن أو الفرق، فعليه أن يرفعها بالطرق المعتادة ويدون ذلك فى ذيل قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة للنظر فى الاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل، وإلا سقط حقه فى الاحتجاج بالفسخ على من حكم بايقاع البيع عليه، وإذا رفعت دعوى الفسخ وأثبت ذلك فى ذيل قائمة شروط البيع فى الميعاد السابق وقفت اجراءات التنفيذ على العقار.

خامساً: يسقط حق البائع، بصفة عامة فى طلب الفسخ بمجرد الحكم بافلاس المشترى أو إعساره، ولا يكون أمام البائع سوى الدخول فى التفليسة بالثمن حيث يخضع لقسمة الغرماء كأصل عام. ويختلف الأمر، بطبيعة الحال، إذا كان المبيع لم يسلم بعد للمشترى، هنا يحتفظ البائع، الذى لم يستوف الثمن، بضماناته القانونية، المتمثلة فى الحبس والاسترداد والامتياز، ويجوز للبائع إسترداد المبيع المعين بالذات إذا رفع دعوى الفسخ قبل الافلاس ولو قضى له بالفسخ بعد الحكم بالافلاس.

(جـ) امتياز البائع:

إن البائع دائن بالثمن ويمكنه إلزام المشترى بالوفاء به وذلك من

خلال التنفيذ الجبرى على أمواله. فالبائع، شأنه فى ذلك شأن باقى الدائنين، يتمتع بحق الضمان العام على جميع أموال المشترى بما فى ذلك الشئ المبيع.

ينطوى هذا الطريق بالنسبة للبائع، على قدر كبير من المشقة والمخاطر، حيث يقتضى الأمر منه عناء الدخول فى ساحات القضاء كمدعى يطالب بحقه بغية الحصول على حكم قضائى واجب النفاذ كسند تنفيذي يمكنه من التنفيذ على أموال المشترى. بالاضافة إلى بطء وصعوبة تلك الاجراءات يتعرض البائع لمخاطر إعسار أو إفلاس المدين والدخول فى قسمة غرماء مع باقى الدائنين. لذا خول المشرع البائع حق امتياز على المبيع لضمان إستيفاء الثمن وملحقاته. ولكن إمتياز البائع لا يؤمن حقه فى الثمن بصورة مطلقة للأسباب الآتية:

أولاً: إن إمتياز البائع لا يخوله التقدم بصفة مطلقة على سائر الدائنين، فحق البائع يأتى فى المرتبة بعد حقوق الامتياز العامة. وتتحدد مرتبة إمتياز بائع العقار بعد ذلك، طبقاً لوقت قيده. أما إمتياز بائع المنقول فيأتى فى الترتيب بعد كل من إمتياز المصروفات الزراعية وإمتياز المؤجر صاحب الفندق.

ثانياً: إن إمتياز البائع لا يخوله، بصفة دائمة، سلطة تتبع المبيع للتنفيذ عليه، فقد تنتقل ملكية العقار المبيع إلى شخص آخر بموجب سند يطهره من الامتياز، كنزع ملكيته للمنفعة العامة، أو بيعه جبراً فى مزاد علنى حيث يترتب على تسجيل حكم مرسى المزاد تطهير العقار من الحقوق التى تثقله. وينتقل حق البائع إلى التعويض المستحق فى الحالة الأولى وإلى الثمن الذى رسا به المزاد فى الحالة الثانية. ونفس الحكم في حالة إنتقال حيازة المنقول المبيع إلى شخص آخر حسن النية. فالبائع لا يستطيع التمسك بحقه فى مواجهة المشترى الثانى الذى يستند إلى مبدأ الحيازة بحسن نية.

ثالثاً: يفقد البائع حقه فى الامتياز على المنقول المبيع فى حالة هلاكه أو تغييره تغيراً تاماً على نحو يؤدى إلى فقده ذاتيته وإضاعة معالمه، كتحول القمح إلى دقيق أو خبز وتحول مواد البناء إلى مباني. ويبقى الامتياز إذا كان التغير لا يؤدى إلى إنعدام ذاتية المنقول أو ضياع معالمه، كتحول الخشب إلى أثاث، والقماش إلى ملابس، والحاق المنقول بالعقار ليصبح عقاراً بالتخصيص. وإذا وضع المشترى المنقول فى العين التى يستأجرها أو ضمن أمتعته فى فندق لا يستطيع البائع التمسك بامتيازه فى مواجهة كل من المؤجر أو صاحب الفندق طالما كانا حسنى النية.

رابعاً: لا يسرى إمتياز بائع المنقول الذى إنتقلت حيازته إلى المشترى المفلس، فى مواجهة الدائنين، ولا يسرى إمتياز بائع العقار فى مواجهة جماعة الدائنين إلا إذا كان مقيداً قبل صدور الحكم بشهر إفلاس المشترى.

خامساً: إن إعمال البائع لحق الامتياز من خلال التنفيذ على المبيع أمر يتطلب الكثير من الجهد والمشقة، خاصة وأنه يوجد، غالباً، فى حيازة المشترى، مما قد يستوجب إتخاذ إجراءات الحجز التحفظى تفادياً لسوء نية الأخير.

الغصن الثالث

البيع الايجاري

(أ) تعريف:

يفضل البائع، أحياناً، إفراغ العلاقة التعاقدية التى تربطه بالمشترى، لمدة محددة، فى صورة رابطة إيجارية، أى أنه يتم إخفاء البيع فى صورة عقد الإيجار، ويسمى البيع إيجاراً. وهذا ما يطلق عليه فى الفقه البيع الايجارى، أو الايجار الساتر للبيع.

يظهر البائع، فى هذا الاتفاق، كالمؤجر. ويبدو المشترى كالمستأجر. يتراضى الطرفان على إنتقال الشئ محل التعاقد إلى المستأجر (المشترى) مباشرة للانتفاع به، ويحتفظ البائع بملكيته حتى يستوفى الثمن المؤجل أو المقسط كاملاً. وتوصف الأقساط المستحقة بأنها أجرة وليست ثمناً. يتفق المتعاقدان على إنتقال ملكية العين إلى المستأجر تلقائياً بمجرد وفائه لكل الأقساط المحددة كثمن للبيع. وحتى يحكم الطرفان ستر البيع يتفقان، فى بعض الأحيان، على أنه يجوز للمستأجر، فى نهاية مدة الايجار، وبعد سداد الأقساط السابقة، أن يعلن رغبته فى تملك الشئ ويدفع فى سبيل ذلك مبلغاً إضافياً، ويمثل هذا المبلغ الجزء المتبقى من الثمن بعد الأقساط المدفوعة.

ويجدر الاشارة إلى أن البيع الايجارى يتضمن، غالباً شرطاً مقتضاه، أنه إذا تخلف المستأجر عن الوفاء بأى قسط جاز للمؤجر فسخ العقد وإسترداد العين مع الاحتفاظ بما قبضه إما لكونه مقابل إنتفاع أو تعويضاً عن الفسخ.

(ب) الحكمة منه:

يعد البيع الايجارى وسيلة إتفاقية لضمان حق البائع فى إستيفاء الثمن، فهو طريقة غير مباشرة لاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى حقه قبل المشترى، ويلجأ إليه البائع بدلاً من شرط الاحتفاظ بالملكية للأسباب الآتية:

أولاً: يحتفظ المشترى بالعين بوصفه مستأجراً، ومن ثم يحظر عليه التصرف فيها قبل الوفاء بالثمن المؤجل أو الأقساط المتفق عليها، وإذا خالف هذا النظر أعتبر تصرفه خيانة أمانة يقع تحت طائلة قانون العقوبات وتوقع عليه عقوبة التبديد، ذلك أن عقد الايجار من عقود الأمانة، ولا يعتبر البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية من هذه العقود،

ومن ثم لا يؤدى تصرف المشترى فى المبيع إلى تعرضه للعقوبة المذكورة، إلا أنه يمكن أن يتعرض للعقوبة الواردة بالمادة ١٠٧ من قانون التجارة إذا كنا بصدد بيع بالتقسيط.

ثانيا: يستطيع البائع باعتباره مؤجراً، عند تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن أو الأقساط المحددة، فسخ العقد والاحتفاظ بما قبضه بوصفة أجرة أستحقها مقابل إنتفاع الطرف الآخر بالعين، أما فى البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، فإن البائع يلتزم من حيث المبدأ ، فى حالة الفسخ، يرد ما تقاضاه من ثمن ما لم يتضمن الاتفاق شرطاً صريحاًيستبقى البائع بمقتضاه كل أو بعض ما تم تحصيله على سبيل التعويض عن الفسخ. ويعد هذا الشرط شرطاً جزائياً ومن ثم يخضع ، من حيث تقديره وتناسبه مع الضرر الواقع لتقدير القاضى حيث يستطيع تخفيضه.

ثالثاً: يظل البائع، بصفته مؤجراً محتفظاً بملكية العين، ومن ثم يمكنه إسترداداها من الطرف الآخر عند عدم وفائه بأقساط الثمن، ويستطيع المؤجر التمسك بحقه كمالك وأن يتذرع بما يخوله من ميزة التقدم والتتبع لكى يحول دون تنفيذ دائنى الطرف الآخر على العين وإستردادها من التفليسة، وهو يأمن بذلك إفلاس المشترى قبل الوفاء بالثمن. ويمكن للمؤجر أن يتتبع العين فى يد أى شخص كان ما لم يكن يجوز لذلك الشخص أن يحتمى بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية.

أما فى حالة شرط الاحتفاظ بالملكية فإن البائع لا يمكنه المطالبة بالفسخ وإسترداد المبيع، ولا يكون له سوى حق التقدم فى التفليسة باعتباره دائناً عادياً، ذلك أن المبيع يدخل هنا ضمن أصول المفلس، ولا ينظر القضاء إلى مصلحة البائع فى الاسترداد لأن دائنى المشترى عولوا على المبيع الموجود فى حيازته كعنصر من عناصر ضمانهم العام.

(جـ) تكييف العقد:

ثار الخلاف فى الرأى حول تحديد طبيعة العقد موضوع البحث، خاصة وأنه من المقرر أن العبرة فى تكييف العقود هى بحقيقة الواقع والنية المشتركة التى إتجهت إليها إرادة المتعاقدين دون إعتداد بالألفاظ التى إستخدمها أو بالتكييف الذى أسبغاه على العقد، وإن التعرف على ما عناه الطرفان من المحرر موضوع الدعوى هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع إلا أنه متى إستخلصت المحكمة ذلك فإن التكييف القانونى الصحيح لما قصده المتعاقدان وإنزال حكم القانون على العقد هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض.

ذهب إتجاه إلى أن مثل هذا العقديعتبر فى ذات الوقت إيجاراً معلقاً على شرط واقف، وإن الشرط واحد فى العقدين وهو قيام المشترى بالوفاد بجميع الأقساط. فإذا تحقق الشرط بوفاء الأقساط إنفسخ الايجار وأنتج البيع أثره بأثر رجعي أى تنتقل الملكية إلى المشترى من وقت العقد. وقبل تحقق الشرط يكون الايجار نافذاً والبيع موقوفاً. وإذا تخلف الشرط لا ينعقد البيع ويعتبر كأن لم يكن من البداية ، وينفسخ الإيجار مع إحتفاظ المؤجر بالأقساط التى حصلها باعتبارها أجرة مستحقة عن مدة الانتفاع المنقضية.

يصعب قبول هذا الاتجاه لأنه يضفى على العقد وصفين متناقضين فى ذات الوقت، حيث يصعب إعتبار العقد إيجاراً وبيعاً فى آن واحد نظراً لاختلاف طبيعة كل من العقدين، والقول بتحول الاتفاق إلى بيع أو إلى اجارة حسب الظروف يعد أمراً مخالفاً للقواعد العامة فى التعاقد.

يرى الفقه الفرنسى فى البيع الايجارى أنه إيجار مقترن بوعد البيع، هذا الوعد قد يكون ملزماً للجانبين: للمؤجر والمستأجر. وقد يكون ملزماً لجانب واحد هو المؤجر حيث يجوز للمستأجر أن يبدى رغبته فى

شراء العين المؤجرة خلال مدة الايجار. فالمؤجر يظل مالكاً للعين طوال مدة الايجار وإلى أن يعلن المستأجر رغبته فى تملكها.

ينبغى التفرقة، فى الواقع، بين البيع الايجارى والايجار المقترن بوعد بالبيع، ذلك أن الأول تتجه فيه إرادة الأطراف حقيقة إلى البيع منذ البداية ومن ثم تكون الأجرة المعلنة هى فى حقيقتها أقساط الثمن التى تتناسب مع قيمة العين، وبالوفاء بالأقساط (التى قد يضاف إليها مبلغ رمزى) تنتقل ملكيتها إلى المستأجر (المشترى) منذ بداية العقد. أما بالنسبة للايجار المقترن بوعد بالبيع فإننا نكون بصدد إيجار إبتداء وبيع انتهاء فى حالة إبداء المستأجر رغبته فى الشراء. وتنتقل الملكية إليه من وقت ظهور الرغبة وليس بأثر رجعى من وقت الايجار.

وقد أحسن المشرع المصرى بحسمه الخلاف فى هذه المسألة بنص صريح حيث قضى بأن أحكام البيع بالتقسيط تسرى على العقد ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً. وعلى ذلك فأن البيع ينعقد باتاً لا موقوفاً على شرط ويرتب ، من حيث المبدأ آثاره كاملة.

يتمثل جانب الائتمان فى البيع الايجارى فى تأجيل الثمن من جهة وتعليق إنتقال الملكية على هذا الوفاء من جهة آخرى. وبالوفاء بالثمن تنتقل الملكية إلى المشترى بأثر رجعى أى منذ إبرام البيع. وهكذا يعتبر البيع الايجارى، من حيث الأصل، بيعاً بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية، ما لم تتجه بوضوح إرادة الأطراف إلى ابرام عقد إيجار حقيقة وفعلاً، مع إقتران هذا العقد بوعد بالبيع يرخص للمستأجر الحق فى تملك العين المؤجرة إذا ما رغب فى ذلك، ويخضع هذا العقد لأحكام الايجار دون البيع.

الغصن الرابع
التأجير الائتماني أو التمويلي

يعد عقد التأجير الائتمانى أحد الوسائل الحديثة لمنح الائتمان، فهو وسيلة مستحدثة إحتلت مكانة مرموقة فى الأسواق المالية لامداد المشروعات الصناعية والتجارية بالتجهيزات والأدوات اللازمة. ويتمثل فى إتفاق تقوم بمقتضاه مؤسسة مالية بشراء أموال معينة، عقار أو منقول، ويغلب أن تكون تجهيزات وأدوات، ثم تقوم بتأجيرها للمستفيد نظير أجرة دورية على أن يكون له الخيار عند نهاية مدة الايجار بين تملكها مقابل ثمن معين أو إعادة إستئجارها أو ردها إلى المؤسسة الممولة.

ويتم ذلك عملاً فى أن صاحب عمل يكون في حاجة إلى منقول أو عقار لاستغلاله في مشروعه لكنه لا يمتلك رأس المال لشرائه أو لا يرغب فى تجميد رأس المال لهذا الغرض، فيتوجه إلى مؤسسة مالية متخصصة لتمويل العملية. يقوم صاحب العمل بنفسه، بعد توقيع عقد التأجير الائتمانى، باختيار الشئ موضوع العقد، وتقوم المؤسسة المالية بالدفع وتظل محتفظة بملكية الشئ. ويستفيد صاحب العمل منه بوصفه مستأجراً له لفترة طويلة نسبياً مقابل أجرة معينة. ويكون المستأجر، فى نهاية الفترة بالخيار بين أمور ثلاثة: رد الشئ، تجديد إستئجاره، شراؤه بثمن محدد يراعى فيه المبالغ التى تم دفعها كأقساط إيجار. يتضح من ذلك أن عملية التأجير التمويلى تنطوى على جوانب ثلاثة: تمويل عملية شراد الشئ، الاحتفاظ بملكيته على سبيل الضمان، الانتفاع به.

أطراف هذا الاتفاق، فى الأصل، ثلاثة، الشركة المؤجرة أى المالكة التى تقوم بشراء الأشياء، البائع أو المورد أو الصانع لها، المستأجر الذى يقوم باستغلالها. ويمكن أن تنطوى العملية على خمسة أطراف:

مؤسسة مالية تقوم بتمويل شراء الشئ محل العقد لصالح المؤجر الذى يقوم بتأجيره، أى أننا بصدد ممول، مالك مؤجر (مشترى)، بائع، مستأجر، والمؤمن على الشيئ. ويمكن أن تنطوى العملية على طرفين فقط وذلك فى حالة ما إذا كان الشئ محل العقد مملوكاً لنفس المؤجر، أو فى حالة تخلى المشروع عن جزء من رأس ماله العقارى ببيعه لمؤسسة مالية ثم يعود فيستأجره منها مباشرة.

لعل الطابع المالى هو السمة المميزة للتأجير الائتمانى حيث تقوم موسسات مالية متخصصة فى تمويل شراء أجهزة ومعدات لازمة للاستغلال التجارى والمهنى، فالمستأجر المستفيد من هذه الأشياء يحصل على تمويل كامل لاستثماراته دون حاجة إلى اللجوء إلى القروض أو تعطيل جزء من رأسماله مما يسمح له بالتوسع فى مجال نشاطه وإستثماراته. يعد الاتفاق المذكور وسيلة من وسائل الائتمان الحديثة نظراً لما ينطوى عليه من طبيعة تمويلية حيث يرتكز فى جوهره على تمويل عملية الشراء على سبيل الائتمان.

ويضاف إلى الجانب المالى الجانب القانونى المتمثل فى عملية شراء الشئ وتمكين الغير من إستعماله مع الاحتفاظ بملكيته على سبيل الضمان، حيث نوجد أمام عملية قانونية مركبة من عدة عمليات فى آن واحد:

١- الشراء بقصد التأجير، حيث يقوم المؤجر بشراء التجهيزات والمعدات محل الايجار من المورد أو المصانع.

٢- الوكالة، حيث يوكل المؤجر المستأجر فى القيام بشراء الأشياء محل الايجار على كافة عناصرها من نوع وكمية غير ذلك، فالمستأجر هو الذى يقوم بتحديد هذه الأشياء وفقاً لاحتياجاته، ومن ثم فهو الذى يقوم، كفني متخصص، بالتعاقد مع البائع لحساب المؤجر المشتري الذي يقوم بتمويل العقد.

٣- الايجار، حيث يتم تأجير الأشياء المشتراه إلى المستأجر لاستغلالها فى تجارته أو مهنته، ويتميز الايجار هنا عن الايجار العادى بسمتين أساسيتين: الأولى ارتفاع الأجرة نسبياً لأنه يراعى فى تحديدها تغطية تكاليف الشراء وعائد مناسب للممول. الثانية، تحمل المستأجر كافة الأخطار التى تتعرض لها الأشياء والتجهيزات المسلمة له.

٤- وعقد منفرد بالبيع أو باعادة التأجير فى نهاية مدة الايجار، حيث يتضمن الاتفاق وعداً للمستأجر، إذا أعلن عن رغبته، بتملك الأشياء محل العقد أو باعادة إستئجارها. فهو بالخيار بين الشراء أو الاستئجار أو الرد.

ولا يعنى إحتواء التأجير الائتمانى لتلك العمليات القانونية تقسيمه أو تجزئته، بل إننا بصدد عملية قانونية مركبة من عدة عمليات تقليدية تكون فى مجموعها تصرفاً قانونياً واحداً غير قابل للتجزئة ومستقلاً بذاته عن كل من الأعمال القانونية المكونة له.

ويختلف الرأى حول تحديد الطبيعة القانونية للعقد، فهناك إتجاه يحبذ نظرية القرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان، وإتجاه آخر يؤكد الطبيعة الذاتية والخاصة للعقد موضوع البحث، وإتجاه ثالث يرى أننا أمام إحدى صور البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية. وإتجاه رابع يرى أننا أمام عقد إيجار مقترن بوعد بالبيع ملزم لجانب واحد هو الممول.

ودون الدخول فى ذلك الجدل يهمنا التركيز على الطبيعة الائتمانية للعقد موضوع البحث، حيث يحتفظ المالك بملكية الأشياء المؤجرة على سبيل الضمان، فالملكية تؤمن حق الممول فى إسترداد المبلغ الذى دفعه فى تمويل عملية الحصول على الشئ محل التعاقد، وعلى ذلك فأن شرط

الاحتفاظ بالملكية، وإن لم يظهر صراحة فى هذا الاتفاق ، إلا أنه يستتر خلاله وراء فكرة الايجار، ويلعب دوراً حاسماً فى قيامه وتحقيق أهدافه، فالتأجير الائتمانى يعد، فى جانب منه، تعبيراً مقنعاً عن شرط الاحتفاظ بالملكية. يظل المؤجر مالكاً للأشياء المؤجرة طوال مدة الايجار، ويكون له بالتالى، الحق فى إستردادها من تفليسة المستأجر. ولا يجوز للأخير التصرف فيها وإلا اعتبر مبدداً ومرتكباً لجريمة خيانة الأمانة.

الغصن الخامس

البيع لأجل أو البيع بالتقسيط

لعل الصورة الغالبة والتى تتبادر إلى الذهن عند الحديث عن البيع الائتمانى تتمثل فى البيع لأجل أو البيع بالتقسيط حيث يتم الاتفاق على امهال المشترى فى دفع الثمن لأجل معين أو على هيئة أقساط فى آجال محددة. فالبيع يمكن أن يكون مؤجل الثمن حيث يتم الاتفاق على سداده دفعة واحدة عند حلول الأجل، ويشيع ذلك بين التجار، فالمصنع يبيع منتجاته لتاجر الجملة بالأجل ويقوم هذا الأخير بتوزيع تلك البضاعة على تجار التجزئة بالأجل على أن يسدد البائع بالتجزئة إلى بائع الجملة الثمن بعد بيع السلعة إلى المستهلكين. ويقوم تاجر الجملة بدوره بالوفاء بالثمن إلى المصنع. أما البيع بالتقسيط فيتم توزيع الثمن فيه على دفعات دورية سنوية أو شهرية مثلاً، وينتشر بين التجار والمستهلكين فى مجال السلع المعمرة، كالأدوات الكهربائية والأثاث والسيارات والمعدات والأجهزة.

ونظراً لشيوع وأهمية البيع بالتقسيط على الصعيدين الاقتصادى والقانونى تحرص معظم الدول على تنظيمه بتشريعات خاصة. نظم قانون التجارة المصرى البيع بالتقسيط. يواجه القانون المذكور البيوع التجارية

أى تلك التى تتم تعبيراً عن ممارسة نشاط تجارى من قبل مؤسسات متخصصة أو أفراد من التجار، ومن ثم لا يدخل فيها ذلك البيع بالتقسيط الذي قد يتم عرضًا بين الأفراد العادين، ويقتصر التنظيم على البيع الوارد على المنقولات المادية دون العقار والمنقولات المعنوية.

وقد تضمن القانون بعض الأحكام الخاصة لحماية المستهلك من جهة وضمان حق البائع من جهة أخرى:

- إذا لم يدفع المشترى أحد أقساط الثمن المتفق عليه فلا يجوز الحكم بفسخ البيع إذا تبين أنه قام بتنفيذ خمسة وسبعين فى المائة من الثمن.
- وفى حالة الحكم بفسخ البيع يجب أن يرد البائع الأقساط التى قبضها بعد إستنزال ما يعادل أجرة الانتفاع بالمبيع، بالاضافة إلى تعويض عن التلف الذى لحقه بسبب الاستعمال غير العادى. ويقع باطلاً كل إتفاق على تحميل المشترى التزامات أشد من ذلك.
- الاتفاق على حلول الثمن بأكمله عند عدم دفع أحد الأقساط فى ميعاد إستحقاقه لا يكون نافذاً إلا إذا تخلف المشترى عن دفع قسطين متتاليين على الأقل.
- لا يجوز للمشترى التصرف فى المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا بأذن مكتوب من البائع وكل تصرف يجريه المشترى بالمخالفة لهذا الحكم لا يكون نافذاً فى حق البائع إذا أثبت علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله.

وللبائع عند تصرف المشترى فى المبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها بغير أذن منهأن يطالب المشترى بأداء الأقساط الباقية فوراً.

- يعاقب المشترى عند مخالفة الحكم السابق بالحبس مدة لا تجاوز

ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز ٥٠٠ جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين. وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً.

الغصن السادس

شرط الاحتفاظ بالملكية

(أ) ماهيته:

يقترن البيع بالتقسيط، غالباً، بشرط الاحتفاظ بالملكية، حيث يحتفظ البائع بالملكية ضماناً لإستيفاء كامل الثمن المؤجل. تقضى القواعد العامة بانتقال ملكية المبيع إلى المشترى بمجرد إبرام العقد. ينشئ البيع التزاماً على عاتق البائع بنقل الملكية إلى المشترى، وينفذ هذا الالتزام بمجرد العقد وبقوة القانون إذا كان البيع وارداً على منقول معين بالذات، ويعلق تنفيذ هذا الالتزام على الافراز بالنسبة للمنقول المعين بالنوع والتسجيل بالنسبة للعقار. ويتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية بصرف النظر عن تنفيذ المشترى التزامه بدفع الثمن، فتخلف المشترى عن الوفاء بالثمن الواجب الأداء فوراً لا يمنع إنتقال ملكية المبيع ولو لم يتم تسليمه، حقاً أن البائع يمكنه حبس المبيع والامتناع عن تسليمه إلى حين إستيفاء كامل الثمن، إلا أن ملكية المبيع المحبوس تكون للمشترى.

ونظراً لأن القواعد السابقة المتعلقة بنقل ملكية المبيع لا تتعلق بالنظام العام يجوز للمتبايعين الاتفاق على إرجاء نقل الملكية إلى أجل محدد. ينطوى هذا الاتفاق، غالباً، على إبقاء الملكية للبائع وعدم إنتقالها للمشترى إلا بعد سداده لكامل الثمن. يلعب شرط الاحتفاظ بالملكية، فى هذه الحالة، دوراً تأمينياً هاماً لاستيفاء ثمن المبيع، ويكون البيع، فى هذا الفرض، إئتمانياً بالنسبة لكلا الطرفين، فالبائع يأتمن المشترى على الثمن، ويأتمن المشترى البائع على الملكية.

يختلف البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية عن مجرد البيع بالأجل الذى يقتصر على إضافة الالتزام بدفع الثمن إلى أجل معين، حيث يقوم هذا البيع على ثقة البائع فى المشترى لأن نقل الملكية يتم بداية إستقلالاً عن الوفاء بالثمن. أما البيع الأول فلا يتضمن هذه الثقة حيث يربط البائع نقل الملكية بالوفاء بالثمن، ومن ثم يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية فى وقت لاحق على ابرام البيع هو وقت سداد كامل الثمن.

ولا يقتصر دور شرط الاحتفاظ بالملكية على الدور التأمينى السابق بل يمكن أن يتضمنه العقد لأسباب عديدة ومتنوعة، كمن يبيع محلاً تجارياً مع الاحتفاظ بملكيته لمدة معينة حتى يضمن عدم تصرف المشترى فى المحل لشخص أجنبى تُخشى منافسته. والهبة المستترة فى صورة بيع حيث يحتفظ الواهب بملكيته للعين لمدة يخشى فيها سوء تصرف الموهوب له فيها. ومن يبيع شيئاً مقابل التزام المشترى بأداء أعمال وخدمات معينة ويحتفظ بملكية المبيع الوقت اللازم لانجاز هذه الأعمال. والبيع الذى يشترط فيه البائع إيراداً مرتباً مدى الحياة ويحتفظ فيه بملكية الأرض المبيعة حتى يضمن بذلك أن يوفر له المشترى أسباب المعيشة.

وإذا كان الغالب فى العمل أن شرط الاحتفاظ بالملكية يرد فى عقد البيع، فليس هناك ما يمنع من ورود الشرط المذكور فى أى إتفاق آخر ناقل للملكية. مثال ذلك الشريك الذى يحتفظ بملكية الحصة المقدمة فى الشركة لفترة يضمن فيها جدية باقى الشركاء فى الوفاء بالتزاماتهم.

(ب) مشروعيته:

لم تعد مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية محل جدل أو نقاش فى الفقه الحديث أو القانون المعاصر.

تردد البعض فى البداية أمام صحة شرط الاحتفاظ بالملكية حيث يترتب عليه وجود المال فى يد من لا يملكه، فيضلل بذلك الغير الذى

يعتقد أنه مالك ويتعامل معه على هذا الأساس بينما هو غير مالك.

ولعل الاعتراض الواضح على هذا شرط الاحتفاظ بالملكية جاء استناداً إلى الفقه الاسلامي حيث إستنتج البعض من هذا الفقه منافاة الشرط المذكور لمقتضى عقد البيع الذى من شأنه، عند إنعقاده مستوفياً شروط صحته ونفاذه ولزومه، أن ينتقل الملك فى الحال من البائع إلى المشترى.

وحقيقة الأمر أن الفقه الاسلامي يميز بين أمرين: الأول إشتراط البائع عدم تصرف المشترى فى المبيع مطلقاً. الثانى، إشتراط البائع عدم تصرف المشترى فى المبيع حتى يعطى الثمن المؤجل. فالشرط فى الحالة الأولى مخالف لمقتضى العقد باجماع الفقهاء ويقع باطلاً. أما فى الحالة الثانية فالقاعدة أنه إذا ورد الشرط لمسوغ مشروع كضمان الوفاء بالثمن وقع صحيحاً.

أجاز القانون المدنى صراحة الشرط المذكور بنصه على جواز إشتراط البائع أن يكون نقل الملكية إلى المشترى موقوفاً على إستيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع. جاء النص المذكور مسايراً لما كان يجرى عليه القضاء منذ زمن قديم فى ظل القانون المدنى السابق. ويستقر شرط الاحتفاظ بالملكية فى القوانين المعاصرة نظراً لما يحققه من مصالح إقتصادية مشروعة من جهة ولعدم مخالفته للنظام العام من جهة أخرى، ذلك أنه من المقرر جواز الاتفاق على تعليق إنتقال الملكية على شرط معين أو تأجيل هذا الانتقال لأجل محدد، حيث أن تحديد وقت انتقال الملكية بالعقد أمر لا يتعلق بالنظام العام.

(جـ) مجاله:

إن شرط الاحتفاظ بالملكية عام التطبيق يمكن اللجوء إليه فى كل من بيع المنقولات والعقارات. ويكمن المجال الغالب للشرط المذكور فى

بيع المنقولات المادية بالتقسيط حيث تنتقل ملكيتها إلى المشترى بمجرد العقد ولو لم يتم دفع الثمن، لذا يحرص البائع على إرجاء هذا الأثر ضماناً لاستيفاء حقه.

يختلف الأمر بالنسبة للعقار حيث يستطيع البائع الوصول إلى نفس النتيجة من خلال الامتناع عن القيام بالاجراءات اللازمة لتسجيل البيع ذلك أن التسجيل إجراء لا غنى عنه لنقل ملكية العقار. وغالباً ما يتم الاتفاق بين المتبايعين على إجراء التسجيل لحين الانتهاء من سداد الثمن. وهذا الاتفاق ضرورى لتقوية مركز البائع فى مواجهة المشترى الممتنع عن دفع الثمن، حيث لا يمكن لهذا الأخير أن يلجأ لدعوى صحة ونفاذ عقد البيع لأن الشرط قبول هذه الدعوى هو أن يكون التزام البائع نفسه نافذاً وألا يكون محقاً فى إمتناعه عن التنفيذ. حقاً أن البائع يستطيع، ولو لم يوجد إتفاق على تعليق التسجيل على سداد الثمن، التمسك بجميع الدفوع التى تتعارض مع طلب المشترى إثبات صحة ونفاذ البيع بما فى ذلك التمسك بالامتناع عن التنفيذ لعدم قيام المشترى بتنفيذ التزاماته بالوفاء بالثمن، ولكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ يخضع، فى حالة عدم وجود اتفاق، كما هو معلوم، لمبدأ وجوب مرعاة حسن النية فى التنفيذ، ومن ثم لا يجوز التمسك بهذا الدفع فى حالة ما إذا كان لم يتم تنفيذه من الالتزام المقابل قليل الأهمية بالنسبة لما نفذ منه.

وعلى ذلك إذا لم يكن هناك إتفاق صريح على ربط التسجيل بالانتهاء من دفع كل الثمن أو إتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية، فإن البائع لا يستطيع الامتناع عن إتمام اجراءات التسجيل فى حالة ما إذا كان الجزء المتبقى من الثمن قليل الأهمية بالنسبة للجزء المدفوع منه.

ويندر اللجوء إلى شرط الاحتفاظ بالملكية، فى بيع المنقولات المعينة

بالنوع ذلك أن ملكية تلك المنقولات لا تنتقل إلى المشترى بمجرد العقد بل يلزم الافراز، وغالباً ما يعلق البائع ذلك الاجراء على إستيفاء حقوقه. وبفرض قيام البائع بافراز المبيع وتسليمه قبل قبض كل الثمن، فإنه يلجأ إلى وسائل أخرى لضمان حقه دون شرط الاحتفاظ بالملكية الذى لا يتفق غالباً وطبيعة هذه المنقولات نظراً لتماثل وحداتها وإمكان الحصول عليها دائماً من الأسواق، وهى غالباً ما تكون أشياء قابلة للاستهلاك ينحصر إستعمالها بحسب ما أعدت له، فى إستهلاكها مادياً أو قانونياً، كالطعام والوقود والحبوب والمنسوجات، ومن ثم يتنافى شرط الاحتفاظ بالملكية مع الغرض الذى من أجله حصل عليها المشترى.

ومن المتصور كذلك ورود شرط الاحتفاظ بالملكية بصدد بيع الحقوق الذهنية كحق المؤلف والملكية الفنية والصناعية، كمن يبيع الحق فى براءه الاختراع مع الاحتفاظ بملكيته لضمان إستيفاء حقوقه. ولعل التطبيق البارز فى هذا المجال يتمثل فى بيع المحل التجارى، وهومنقول معنوى، مع الاحتفاظ بملكيته. وينبغى ملاحظة الأحكام الخاصة لنقل الحقوق المعنوية حيث يتطلب القانون إجراءات معينة لهذا الانتقال.

لعل تأخير إتمام إجراءات نقل الحق المعنوى يعد الضمانة الكافية للبائع لاستيفاء حقوقه قبل المشترى مما يغنيه عن شرط الاحتفاظ بالملكية الذى يقل وجوده فى هذا النوع من البيوع.

يتضح من كل ما سبق أن المجال الخصب لشرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع منقول معين بالذات.

(د) مكانة الشرط وتطوره فى القانون الألمانى:

يحتل شرط الاحتفاظ بالملكية مكانة بارزة فى النظام القانونى

الألمانى. يُبرز الشرط الفصل الجوهرى، داخل نطاق كل بيع، بين العقد المنشئ للالتزامات المتبادلة من جهة، والتصرف المجرد الناقل للملكية (العقد العينى) من جهة أخرى. وبالرغم من أنه يتم الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية عادة فى العقد الملزم (الأول) الذى ينعقد باتاً وبسيطاً، فإن هذا الشرط، الذى يوقف نقل الملكية لحين الوفاء بكامل الثمن، ينحصر تأثيره فى التصرف المجرد الذى لا يكون باتاً بل موصوفاً بالشرط. وينتج عن ذلك تعلق الشرط، فى ذات الوقت بكل من قانون الالتزامات، وقانون الأموال وقانون التأمينات. ويمثل الشرط المذكور نظاماً معقداً لا يمكن فهمه إلا من خلال الاطار المتكامل الذى يوجد فيه ويصعب فصله عن هذا الاطار، يعد الشرط جزءاً من نظام قانونى مترابط.

يحتل شرط الاحتفاظ بالملكية أهمية بالغة على صعيد الائتمان التجارى، فهو يأخذ، فى الواقع، إنطلاقاً من وظيفته الاقتصادية، مكانة بارزة، إلى جانب نقل الملكية والحقوق على سبيل الضمان، بين مجموعة التأمينات التى ترد على المنقول دون حيازته، لعل العامل المشترك بين كل هذه التأمينات هو أنها، إذا وردت على منقول مادى، لا تقتضى تخلى المدين عن حيازته، ولا تستلزم، إذا وردت على حق، اعلان المدين به. لا تخضع تلك التأمينات لأى من إجراءات الشهر الخاصة باعلام الغير بوجودها مع كل ما يمكن أن يترتب على ذلك من آثار متخيلة فى حالة الافلاس والتسوية القضائية. وذلك كله بخلاف الحال بالنسبة للرهن الحيازى ورهن الحق التقليديين اللذين ينظمهما القانون المدنى فى المواد ١٢٠٤، ١٢٧٩ وما بعدها.

نشأ هذا النوع من التأمينات وتطور فى ألمانيا، بعيداً عن النصوص. فهى مستوحاة لاجابة مقتضيات العمل ومن ثم لم تتوقف، عبر السنين، عن التطور والتنوع والتأقلم مع ضرورات الائتمان، وتصورات رجال

العمل والقائمين على تحرير التصرفات القانونية، ورددود فعل القضاء منها، ويأخذ كل نوع من أنواع هذه التأمينات، فى الوقت الراهن، العديد من الصور. وينطبق ذلك بطبيعة الحال على شرط الاحتفاظ بالملكية الذى يأخذ أحياناً شكلاً بسيطاً، وأحياناً أخرى شكلاً ممتداً، وأحيانًا ثالثة شكلاً متسعاً. ويرد نقل الملكية على سبيل الضمان، أحياناً على مال محدد، ويرد كذلك على مخزون من البضائع متغير المحتوى، ويقبل بدوره الاتساع والامتداد شأن شرط الاحتفاظ بالملكية.

والواقع أن هذه القائمة المثيرة تدل على جانب من عبقرية القانون الألمانى وما يتمتع به رجال الأعمال، فى هذا البلد، من قدرة خاصة على جعل كل قيمة إقتصادية ممكنة أداة إئتمان. وباستثناء شرط الاحتفاظ بالملكية البسيط المنصوص عليه فى المادة ٤٥٥ مدنى، ينبغى، فى الواقع، إدراك أن كل الأنواع الأخرى للتأمينات الواردة على المنقول دون حيازته تستمد مبدأ صلاحيتها مما إستقر عليه العمل القضائى، وأصبحنا بالتالى أمام قاعدة عرفية أى أن المسألة باتت منظمة بالقانون العرفى، وكشأن أى مسألة ينظمها العرف، بالرغم من بيان معالمها الرئيسية، فإنها تظل تحمل بين طياتها بعض جوانب الغموض وعدم اليقين. أضف إلى ذلك أن هذه التأمينات يكمل بعضها الآخر أحياناً، وتتواكب فيما بينها أحياناً أخرى، ويندرج بعضها تحت لواء الأخر أحياناً ثالثة، ويقوم نوع من التنازع فيما بينها أحياناً رابعة على الأموال أو القيم المثقلة بها، مثال ذلك التنازع بين شرط الاحتفاظ بالملكية الموجود على البضاعة المبيعة بثمن مؤجل ونقل الملكية على سبيل الضمان الوارد على موجودات مخزن تضم البضاعة المذكورة. والتنازع بين الحوالة الاجمالية للحقوق لأحد البنوك وشرط الاحتفاظ بالملكية الممتد أى الذى يتضمن الحوالة المسبقة للحقوق التى ستولد عن اعادة بيع البضاعة المحتفظ بملكيتها للغير.

ويمكن القول إجمالاً، مع ذلك، بقيام نوع من التنسيق السلمى بين مجال إعمال كل من التأمينات السابقة، فنقل الملكية على سبيل الضمان يستخدم، بصفة أساسية، فى ضمان الائتمان المقدم من البنوك والمؤسسات المالية، إلى جانب تمتع هذه المنظمات بتأمينات أخرى وبصفة خاصة التأمينات العقارية. ويستخدم شرط الاحتفاظ بالملكية فى ضمان الائتمان الممنوح من الموردين لعملائهم. أما عن حوالة الحق على سبيل الضمان فتغطى بطريقة متفاوتة هذين النوعين من الائتمان اللذين يغذيان الاقتصاد الألمانى. ولا ينبغى أن يتبادر إلى الذهن تناقص حجم الإئتمان الموردين فى ألمانيا، فهو يشهد، على العكس، تزايداً مستمراً تحت تأثير المنافسة الحادة، وتقل بالتالى، أهمية الوفاء النقدى لثمن البضاعة، إلا أن الوفاء يتم بطريقة منتظمة، وعلى نحو أسرع مما هو معهود فى فرنسا مثلاً.

وينتج عن هذه الظاهرة الازدهار الواسع لشروط الاحتفاظ بالملكية وتشجيع إبرام العقود عن طريق تبنى الشروط العامة التى يضعها أحد الطرفين، وغالباً ما توضع هذه الشروط من قبل المورد، ويتضح من العمل أن كل المهنيين (صناع، تجار جملة أو تجزئة، مقاولون، حرفيون)، الذين يسلمون بضائعهم قبل إستيفاء الثمن، يحتفظون بملكيتها لحين إستيفاء كامل حقوقهم. ومما لا شك فيه أن المراكز الاقتصادية تتنوع وتتفاوت بشكل ملحوظ، فهى تختلف بحسب صفة كل من البائع والمشترى من جهة وبحسب طبيعة الأموال والبضائع المبيعة والأغراض المخصصة لها من جهة أخرى، وينتج عن ذلك بالضرورة تعدد وإختلاف صور نشاط الاحتفاظ بالملكية فى العمل. يستجيب الشرط، فى صورته البسيطة، للمراكز الاقتصادية السهلة أو الأولية، وتبدو الحاجة إلى تعميق الشرط ومد نطاق تطبيقه كلما ظهرت حاجة المشترى إلى التصرف القانونى أو المادى فى الأموال المقدمة أساساً على سبيل الضمان.

(هـ) مكانة الشرط وتطوره فى القانون الفرنسى:

حاول المشرع الفرنسى الاستفادة من التجربة الألمانية بصفة خاصة واللحاق بالركب الأوربى بصفة عامة، جاء قانون١٢ مايو ١٩٨٥ (م ١٢١/٢من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥) لتقوية شرط الاحتفاظ بالملكية من خلال إقرار نفاذه قبل جماعة دائنى المشترى المفلس. صدر التعديل المذكور بصعوبة بالغة إثر جدل حاد بين أنصاره وخصومه.

ينعى البعض على القانون المذكور مساسه الخطير بمبدأ المساواة بين الدائنين لصالح بعض البائعين بمنحهم نوعاً من الامتياز المميز دون شهر على حساب باقى الدائنين العاديين بل وحتى الخزانة العامة والتأمين الاجتماعى ومنظمات تأمين الأجور. أن نفاذ الشرط، طبقاً للتعديل السابق، من شأنه أن يدفع البنوك إلى تفضيل منح الائتمان للمشروعات الموردة على حساب الأئتمان الممنوح للمشروعات المشترية التى ستفقد، بالتالى، كل أنواع الائتمان ما عدا ذلك الممنوح لها من الموردين، ويستتبع ذلك نمو الأئتمان فيما بين المشروعات والذى يعد أحد عوامل التضخم. بل أن الرغبة فى إنقاذ المشروعات المتعثرة، كهدف رئيسى للتعديل التشريعى، تصبح مهددة باعمال الشرط نفسه حيث يترتب على قيام البائعين باسترداد البضائع نفاذ الجزء الأكبر من عناصر الجانب الايجابى للذمة المالية القائمة لحظة الحكم بالتسوية القضائية، ويستتبع ذلك، بالضرورة، فى أغلب الأحوال، التصفية النهائية لأموال المدين بدلاً من النهوض به. أى أننا نصبح، طبقاً لتعبير الفقه، أمام «افلاس الافلاس».

لكن المشاهدات المستمدة من التجربة الألمانية زودت أنصار التعديل التشريعى بالحجج الكافية للدفاع عن موقفهم. إن الحماية القوية التى يقدمها شرط الاحتفاظ بالملكية، بعد التعديل، للموردين من شأنها

حثهم على الاستمرار فى توريد البضاعة لعملائهم المتعثرين ومنحهم آجلاً أطول للسداد، مما يقى هؤلاء مغبة الوقوع فى هاوية الإفلاس، لن يحتاج البائع، بعد ذلك إلى الأخذ فى حسبانه، عند تحديد ثمن البضاعة المؤجل السداد، مخاطر إفلاس المشترى، ويستتبع ذلك بالضرورة إنخفاض الثمن أو على الأقل عدم تفاقمه، أضف إلى ذلك أن أعمال الأئتمان وتداوله سيشهد تقدماً تحسناً ملحوظاً. ففيما يتعلق بالطريقة الحالية لائتمان المورد، يقوم البائع بسحب كمبيالة على المشترى ويقدمها للخصم لدى البنك الذى يتعامل معه. تتسم هذه الطريقة فضلاً عن الموقف الغريب الناتج عن قيام البائع بالأقتراض للبيع، بالتعقيد والجمود والكلفة الناتجة عن عملية الخصم، وبالنسبة لائتمان المشترى القائم على شرط الاحتفاظ بالملكية يؤدى إعماله إلى تمكين المشترى، فى أغلب الأحوال من الوفاء بالثمن نقداً بفضل مساعدة بنكه، الذى بحلوله محل البائع فى إستيفاء حقه، يستطيع طلب إسترداد البضاعة طبقاً للشروط التى يحددها القانون، بل وكذلك طلب فسخ عقد البيع دون أن يكون طرفاً فيه، وينبغى عليه أخيراً تخزين البضاعة المستردة وإعادة بيعها، ويفضل البنك، تفادياً لمشقة تلك الاجراءات، توكيل عميله فى القيام بها مع التزامه برد ثمن إعادة البضاعة للبنك.

(و) طبيعة الشرط:

يثير شرط الاحتفاظ بالملكية بعض الصعوبات فى العلاقة بين البائع والمشترى سواء فيما يتعلق بالمركز القانونى للمبيع ومصير عناصر حق الملكية قبل الوفاء بالثمن، ومدى أحقية البائع فى إسترداد المبيع فى حالة عدم إستيفاء الثمن وإمكانية هذا الاسترداد من الناحية العملية. تبدو الصعوبة الحقيقية فى حالة افلاس المشترى، ومدى أحقية البائع فى التمسك بالشرط قبل جماعة الدائنين. رفض كل من القضاء الفرنسى والمصرى نفاذ الشرط فى هذه الحالة، أى أن القضاء فضل مصلحة

الجماعة على مصلحة البائع إنطلاقاً من مبدأ المساواة بين الدائنين وحماية الائتمان الظاهرى القائم على وجود المنقول فى حيازة المدين.

أدى موقف القضاء من الشرط إلى إضعافه والتقليل من فعاليته فى أداء دوره كأداة ضمان، بصفة خاصة فى حالة الافلاس كخطر داهم يهدد حق الدائن. عزف الأفراد والموردون خاصة، عن الركون إلى الشرط فى تعاملهم وقلت بالتالى قيمته كعنصر إئتمان. تم اللجوء إلى الاحتفاظ بالملكية، بطريقة غير مباشرة، من خلال إضفاء وصف آخر على العلاقة كالايجار البيعى والتأجير الائتمانى. يرفض القضاء، غالباً مثل هذا الوصف، بل أن المشرع نفسه قد نص صراحة على إعمال حكم البيع بالتقسيط على العلاقة حتى ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً. لذا ثار التساؤل عن مدى كفاية وجدوى الضمانات الاتفاقية الأخرى المتعارف عليها إلى جانب الضمانات القانونية المقررة لضمان حق البائع.

أن شرط الاحتفاظ بالملكية نموذج واضح للتأثير المتبادل والتداخل الشديد بين القانون والاقتصاد فى العصر الحديث، والدور الذى تلعبه النظم القانونية على صعيد الائتمان والنشاط الاقتصادى بصفة عامة. ويكشف الشرط المذكور أيضاً، عن الاتجاه نحو توظيف الملكية كوسيلة للضمان، بالاضافة إلى مفهومها الأساسى كحق عينى أصلى يخول صاحبه مكنات محددة، ازاء قصور نظم التأمينات التقليدية عن مواجهة مقتضيات التبادل التجارى من جهة وضمان حق البائع إزاء مخاطر إعسار أو افلاس المشترى من جهة أخرى.

ولعل الطبيعة الخاصة لشرط الاحتفاظ بالملكية تنبع، بالاضافة إلى طبيعته التعاقدية، من طابعه الائتمانى، فهو وإن تميز، من الناحية الفنية، عن التأمين العينى، إلا أن جوهره يكمن فى إحتفاظ البائع بملكية المبيع على سبيل الضمان لاستيفاء الثمن، ومن ثم لا يمكن

إغفال نية الأطراف فى هذا المقام، ومدى حرص البائع على ضمان استرداد المبيع فى حالة عدم الوفاء بالثمن وخاصة عند إفلاس المشترى دون الدخول ضمن جماعة الدائنين. أصبح إستعمال الشرط المذكور والحديث عنه مرتبطاً بالمصطلحات الائتمانية المترادفة مثل الضمان والتأمين المتميز أو الفعال، وأصبح الشرط جزءاً من ظاهرة عامة تتمثل فى نمو التصرق الائتمانى ككل، وتوظيف الملكية فى دور جديد كوسيلة ضمان، ويبدو هذا بوضوح على صعيد قانون البنوك حيث يزدهر نقل الملكية والحقوق على سبيل الضمان. ويكفى الاشارة فى هذا المقام، إلى الأوراق التجارية التى أصبح التظهير الناقل لملكيتها هو المفضل غالباً، بالنسبة لها، عن التظهير على سبيل الضمان. وبدءً التكييفات التقليدية فى التصدع أمام ضغط الأساليب الفنية الحديثة.

(ب) حكم الشرط فى القانون المصرى:

كان الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية يعد دائماً صحيحاً فيما بين الأطراف، إلا أن الاحتجاج به على الغير كان، ولا يزال، يصطدم ببعض العقبات، خاصة فى حالة افلاس المشترى. كان القضاء يرفض إمكانية إسترداد البائع للبضاعة المبيعة مع الاحتفاظ بملكيتها، فى حالة عدم إستيفاء ثمنها، بعد الحكم بشهرافلاس المشترى. يجد البائع نفسه ضمن جماعة الدائنين على أمل الحصول جزء ولو يسير من الثمن المستحق بعد التصفية الجماعية لأموال المشترى. ويؤدى ذلك إلى موقف شاذ حيث تباع البضاعة التى دخلت للمشترى حديثاً، ولا تزال مملوكة للبائع بمقتضى الشرط، بثمن بخس ليوزع غالباً على الدائنين الممتازين ويساهم البائع بذلك، بطريق غير مباشر، فى سداد الديون العامة (ضرائب وتأمينات...) المستحقة على المشترى.

من هنا كانت المخاطر الكبيرة وراء تسليم البضاعة إلى المشروعات المتعثرة وإحجام الموردين عن ذلك مما إستتبع صعوبة حصول هذه المشروعات على ما يلزمها للبقاء أو للنهوض أو الخروج من عثرتها ووقوعها السريع فى هاوية الافلاس على التوالى وبطريقة تلحق الاضرار بالاقتصاد القومى.

نفضل لكل ذلك، الابقاء على شرط الاحتفاظ بالملكية كأداة ضمان ووسيلة عملية ومتعارف عليها فى العلاقات التجارية وينظمها الأطراف والعرف التجارى طبقاً لمعطيات التعامل وإحتياجاته وما يتسم به من مرونة وتطور. فالشرط المذكور يوفق بين مصلحة البائع فى ضمان حقه فى الثمن ومصلحة المشترى فى الانتفاع ودفع حركة نشاطه التجارى، ولكن مصلحة دائنى المشترى هى التى تظل موضع تساؤل.

يستوجب الأمر فى رأينا، اضفاء قدر أكبر من الفعالية على شرط الاحتفاظ بالملكية كى يقوم بأداء دوره فى تنشيط الحركة المالية وتدعيم التبادل التجارى ويصبح أداة إئتمان إلى جانب دوره كوسيلة ضمان ... ويغنى الأفراد عن البحث عن وسائل أخرى لضمان حقوقهم، صريحة أو مقنعة، كالبيع الايجارى والتأجير الائتمانى، والايجار المقترن بوعد البيع.... ويتأتى ذلك من خلال نفاذه قبل جماعة دائنى المشترى المفلس. يتطلب الأمر عملية توفيق بين مصلحة هذه الجماعة ومصلحة البائع أى الوصول إلى ضمان حقه دون المساس بالائتمان الظاهرى للدائنين.

ونعتقد أن الوسيلة المناسبة هى تطلب الكتابة ثابتة التاريخ، أى أنه يلزم، لنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل جماعة دائنى المشترى، وجود إتفاق كتابى على الشرط، ثابت التاريخ قبل أو لحظة تسليم البضاعة. لا يلزم ثبوت الكتابة فى محرر رسمى بل يكفى مجرد ورقة عرفية،

وذلك لمنع تحايل المشترى إضراراً بحقوق دائنيه. ويمكن إعلام المتعاملين مع التاجر من خلال إلزامه بقيد البضاعة التى يشتريها محملة بشرط الاحتفاظ بالملكية، فى سجل خاص أو جانب معين من دفاتره التجارية يسهل الاطلاع عليه مع تقدير الجزاء المناسب على مخالفته هذا الالتزام، ولعل إهدار الثقة فى التاجر المخالف، أو غير المنتظم فى إجراء القيد، أثر توقيع الجزاء عليه، يعد جزاءاً رادعاً فى هذا المقام.

إن إشتراط ثبوت التاريخ يتفق وقواعد القانون المدني فيما يتعلق بنفاذ التصرف قبل الغير، إلا أنه يخالف ما هو مستقر في القانون التجاري، لعل خطورة آثار نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الدائنين تستوجب ذلك الاستثناء الذي، وإن شكل قيداً على حرية التعامل، إلا أن فائدته تعود على الجميع من خلال تحقيق الضمان والاستقرار اللازمين لحماية الإئتمان التجاري. ولا يشكل ذلك مساساً قويًا بالرضائية الثابتة في المعاملات التجارية نظراً لأن المادة ١٥ من قانون الإثبات ذكرت وسائل إثبات التاريخ على سبيل المثال لا الحصر، ويستطيع القاضي أن يعتد بأي أمارات قاطعة الدلالة على حقيقة تاريخ المحرر العرفي ويستند في ذلك إلى وقائع قاطعة حتى لا يُخل بالحماية التي كفلها المشرع للغير.

وبناء عليه يمكن إضافة نص في القانون التجاري، أو فقرة جدية في المادة ٣٧٩ منه، لتقرير نفاذ حق البائع، قبل جماعة الدائنين، في إسترداد البضاعة التي يحتفظ بملكيتها ولم يستوف ثمنها، وأحقيته في حالة تصرف المشتري فيها، في الحصول على ثمنها أو المتبقي منه في ذمة المتصرف إليه، ولعل الصياغة تكون «يجوز إسترداد البضاعة التي إشترط البائع، في محرر ثابت التاريخ قبل تسليمها، الإحتفاظ بملكيتها، إذا ظلت على حالتها العينية. وإذا تم التصرف في البضاعة

جاز إسترداد ثمنها أو المتبقي منه لدى المتصرف إليه».

هذا الإقتراح الذي خلصنا إليه في بحثنا عام ١٩٩٤ تبناه المشرع في قانون التجارة الجديد رقم ٧ لعام ١٩٩٩ بنصه في المادة ٢/١٠٦ على أنه مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع. ولعل النفاذ هنا يعني إمكان إسترداد المبيع أو إستيفاء ما تبقى للبائع من ثمن من قيمة المبيع أو من حصيلة التصرف فيه، وذلك بالأفضلية على الدائنين الآخرين.

الغصن السابع

التمويل العقارى (الضمان العقارى)

رغبة من المشرع في تشجيع وتنمية الإستثمار العقاري أصدر قانون التمويل العقاري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١ لتوفير التمويل من جهة وتدعيم الأئتمان من جهة أخرى.

(أ) مجال التمويل ومصادره:

يكون نشاط التمويل للاستثمار في مجالات شراء أو بناء أو ترميم أو تحسين المساكن والوحدات الإدارية والمنشآت الخدمية ومباني المحال المخصصة للنشاط التجاري.

ويتولى نشاط التمويل العقاري الجهات الآتية:

١- الأشخاص الاعتبارية العامة التي يدخل هذا النشاط ضمن أغراضها.

٢- البنوك المسجلة لدى البنك المركزي بعد موافقته.

٣- شركات التمويل العقاري التي تنشأ لهذا الغرض بترخيص من الجهة الإدارية، وتأخذ شكل شركة المساهمة المصرية.

ينشأ صندوق لضمان ودعم نشاط التمويل العقاري، تكون له الشخصية الإعتبارية العامة، وذلك في مجال بيع المساكن لذوي الدخول المنخفضة، عن طريق تحمل الصندوق لجانب من قيمة القسط، وبما يكفل النزول بعبء التمويل إلى الحدود التي تتناسب مع دخولهم بما لا يجاوز ربع الدخل.

وتتكون موارد الصندوق من الاشتراكات التي يلتزم المستثمرون والممولون في هذا المجال بأدائها، والتبرعات والهبات، وما تخصصه الدولة للصندوق من مبالغ، وحصيلة الغرامات المحكوم بها طبقًا للقانون، وحصيلة إستثمار أموال الصندوق.

(ب) إتفاق التمويل:

يكون التمويل العقاري، في مجال شراء العقارات، بموجب إتفاق تمويلي بين الممول والمشتري باعتباره المستثمر وبائع العقار، ويجب أن يتضمن الاتفاق ما يأتي:

١- الشروط التي تم قبولها من البائع والمشتري في شأن بيع العقار بالتقسيط، بما في ذلك بيان العقار وثمنه.

٢- مقدار المعجل من ثمن البيع الذي أداه المشتري للبائع.

٣- عدد وقيمة أقساط باقي الثمن وشروط الوفاء بها، على أن تكون محددة إلى حين إستيفائها بالكامل.

٤- قبول البائع حوالة حقوقه في أقساط الثمن إلى الممول بالشروط المتفق عليها.

٥- إلتزام البائع بتسجيل العقار باسم المشتري خالية من أي حقوق عينية على الغير.

٦- إلتزام المشتري بقيد حق إمتياز الثمن المحالة أقساطه إلى المول، وذلك ضمانًا للوفاء بها.

٧- إلتزام أطراف الإتفاق بإعطائه تاريخًا ثابتًا.

فإذا كان التمويل لغرض الإستثمار في بناء عقار على أرض يملكها المستثمر أو لغرض ترميم أو تحسين عقار يملكه أو غير ذلك من المجالات، تعين أن يكون التمويل بموجب إتفاق بينه وبين الممول وبين أي طرف آخر يكون له شأن في الإتفاق.

(جـ) ملامح الضمان العقاري وتقويته:

١- يتم التمويل بضمان حق الإمتياز على العقار الضامن أو رهنه رهنًا رسميًا أو غير ذلك من الضمانات التي يقبلها الممول طبقًا للقواعد والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

٢- يتم قيد الضمان العقاري في مكتب الشهر العقاري الكائن في دائرته العقار الضامن ويرفق به إتفاق التمويل وسند ملكية العقار. ويعفي قيد هذا الضمان وتجديده وشطبه من جميع الرسوم والمصروفات. ولا شك في أهمية هذا القيد للإحتجاج بالضمان على الغير.

٣- يتم حوالة حقوق البائع في أقساط الثمن إلى الممول بالشروط التي يتفقان عليها. ويلتزم المشتري بقيد حق إمتياز الثمن المحالة أقساطه إلى الممول وذلك ضمانًا للوفاء بها.

٤- إذا أراد المستثمر التصرف في العقار الضامن أو تأجيره أو تمكين غيره من الإنفراد بشغله، تعين الحصول على موافقة الممول، الذي يحق له إشتراط الشروط الاتية للموافقة:

- قبول المتصرف إليه الحلول محل المستثمر في الإلتزامات المترتبة على إتفاق التمويل.

- حوالة الحق في أجرة العقار أو مقابل شغله إلى الممول وذلك وفاءً لمستحقاته.

- تضامن المستثمر مع المتصرف إليه في الوفاء بالإلتزامات المترتبة على إتفاق التمويل للممول.

ولكن لا يجوز للممول رفض الموافقة على التصرف في العقار الضامن أو تأجيره أو تمكين الغير من الانفراد بشغله، إلا لأسباب جدية تتعرض معها مصالحه وحقوقه للخطر، ويجب عليه إخطار المستثمر بهذه الأسباب كتابة خلال ثلاثين يومًا من تاريخه إخطار المستثمر له برغبته في التصرف أو في التأجير أو تمكين الغير من الانفراد بشغل العقار، وإلا أعتبر موافقًا على ذلك.

- إذا تصرف المستثمر في العقار الضامن أو أجره أو مكن أحداً من الغير في شغله بالمخالفة للأحكام السابقة، كان للممول أن يطالبه بباقي أقساط الثمن أو باقي قيمة إتفاق التمويل بحسب الأحوال، بإنذار على يد محضر بالوفاء خلال مهلة لا تقل عن ثلاثين يومًا، فإذا لم يقم المستثمر بهذا الوفاء، كان للممول أن يتخذ في مواجهته إجراءات التنفيذ على العقار الضامن طبقًا لهذا القانون.

٥- يجوز للممول أن يشترط على المستثمر التأمين لصالح الممول بقيمة حقوقه لدى إحدى شركات التأمين المصرية وذلك ضد مخاطر عدم الوفاء بسبب وفاة المستثمر أو عجزه.

(د) حوالة الحقوق الناشئة عن إتفاق التمويل:

يجوز للممول أن يحيل حقوقه الناشئة عن إتفاق التمويل إلى إحدى الجهات التي تباشر نشاط التوريق، وتلتزم الجهة المحال إليها بالوفاء بالحقوق الناشئة عن الأوراق المالية التي تصدرها في تواريخ إستحقاقها من حصيلة الحقوق المحالة.

ويضمن الممول الوفاء بالحقوق الناشئة عن الأوراق المالية السابقة، كما يجوز الإتفاق على ضمان الغير للوفاء بتلك الحقوق.

ويستمر الممول في تحصيل الحقوق المحالة، ومباشرة الحقوق الناشئة عن إتفاق التمويل، وذلك لصالح أصحاب الأوراق المالية التي يصدرها المحال له وبصفته نائبًا عنه، وفي الحدود التي يتضمنها إتفاق الحوالة.

وعلى الممول أن يفصح للمحال له عن البيانات الخاصة بشأن إتفاق التمويل الذي تمت حوالة الحقوق الناشئة عنه وذلك دون حاجة إلى موافقة المستثمر.

(هـ) التنفيذ على العقار:

- للممول في حالة عدم وفاء المستثمر بالمبالغ المستحقة عليه ومضى ثلاثين يومًا من تاريخ إستحقاقها، أو عند ثبوت نقص مخل بضمان الممول لقيمة العقار بفعل أو إهمال المستثمر أو شاغل العقار. فحكم قضائي واجب النفاذ، أن ينذر المستثمر بالوفاء أو بتقديم ضمان كاف بحسب الأحوال وذلك خلال ستين يومًا علي الأقل من تاريخ الإنذار.

- إذا إنقضت المدة المحددة بالإنذار دون قيام المستثمر بالوفاء أو بتقديم الضمان، كان ملتزمًا بالوفاء بكامل المبالغ المتبقية طبقًا لإتفاق التمويل العقاري.

ويكون للممول في هذه الحالة أن يطلب من قاضي التنفيذ الذي يقع العقار في دائرة إختصاصه وضع الصيغة التنفيذية علي إتفاق التمويل والأمر بالحجز على العقار الضامن تمهيداً لبيعه وذلك بعد إعلان المستثمر قانونًا لسماع أقواله.

- يقوم الممول، بعد وضع الصيغة التنفيذية على إتفاق التمويل، بإعلانه إلى المستثمر، مع تكليفه بالوفاء خلال مدة لا تقل عن ثلاثين يومًا، كما يقوم بإعلانه إلى مكتب الشهر العقاري المختص للتأشير به بغير رسوم خلال مدة لا تجاوز أسبوعًا على هامش قيد الضمان العقاري مع إعلان ذلك إلى جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار وإلى حائزه، وإلا كان التكليف بالوفاء غير نافذ في حقهم.

- يقوم التأشير بالسند التنفيذي في مكتب الشهر العقاري مقام تسجيل تنبيه نزع الملكية.

- إذا لم يقم المستثمر بالوفاء خلال المدة المحددة له في الإعلان بالسند التنفيذي، يصدر قاضي التنفيذ، بناء على طلب الممول، أمراً بتعيين وكيل عقاري من بين الوكلاء المقيدة أسماؤهم في سجل تعده الجهة الإدارية لهذا الغرض، وذلك لمباشرة إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني المحددة في هذا القانون تحت الإشراف المباشر لقاضي التنفيذ.

- إذا قام المستثمر بالوفاء بما حل عليه من أقساط في أي وقت سابق علي إيقاع البيع، وجب على الوكيل العقاري أن يوقف الإجراءات، ويلتزم المستثمر بأن يؤدي إلى الممول المصروفات التي يصدر بتقديرها أمر من قاضي التنفيذ.

- على الوكيل العقاري أن يعلن كلاً من المستثمرين وحائز العقار والدائنين المقيدة حقوقهم بشروط البيع وموعده والإعلان عنه بالطرق المحددة. ويتولى الوكيل إجراء المزايدة التي تبدأ بالنداء على الثمن الأساسي وتنتهي بإيقاع البيع علي من تقدم بأكبر عرض.

- يصدر القاضي حكمًا بإيقاع البيع بناءً على ما تم من إجراءات وسداد كامل الثمن، ويأمر بتسليم العقار خاليًا من شاغليه إلى من حكم بإيقاع البيع عليه، ما لم يكن الممول قد سبق أن وافق على شغلهم

العقار أو كانوا مستأجرين له بعقود ثابتة التاريخ قبل اتفاق التمويل.

- يقوم من حكم بإيقاع البيع عليه، بتسجيل الحكم، ويترتب على هذا التسجيل تطهير العقار من جميع الحقوق العينية التبعية التي أعلن أصحابها بالسند التنفيذي وبإجراءات البيع.

- يقوم الوكيل العقاري بإيداع حصيلة البيع خزينة المحكمة، ويتولى قاضي التنفيذ توزيع هذه الحصيلة على الدائنين حسب مرتبتهم، وذلك بعد أن يصبح حكم إيقاع البيع نهائيًا.

المطلب الرابع

الالتزام الطبيعي

تعريف الالتزام الطبيعي ومقوماته:

يعبر الالتزام المدنى إلتزاماً كاملاً، لانه فى حالة تخلف المدين عن الوفاء به، فان السلطة العامة تساعد الدائن على تنفيذه جبراً على المدين، وهذا بعكس الحال فى الواجب الادبى وقواعد المجاملات حيث لا يوجد أى إلزام فى الوفاء بهم.

وبين الالتزام القانونى والواجب الخلقى توجد طائفة ثالثة من الالتزامات هى الالتزامات الطبيعية. فالالتزام الطبيعى يعتبر إلتزاماً ولكنه ناقص لانه لا يحميه جزاء، أى لا يمكن تنفيذه جبراً على المدين، بل يكون هذا الأخير حراً فى الوفاء أو عدم الوفاء به. إلا أنه متى تم تنفيذه لا يكون هذا التنفيذ تبرعاً بل هو وفاء لان الالتزام الطبيعى، وان كان مجرداً من عناصر الجبر، إلا أنه مع ذلك إلتزام قائم فى ذمة المدين.

فاذا كان الالتزام المدنى ينطوى على عنصرين: المديونية، وهى الواجب القانونى الذى يفرض على المدين الوفاء به، والمسئولية، وهى

إجبار المدين على الوفاء بواجبه، فان الالتزام الطبيعى التزام ناقص لا ينطوى الا على عنصر المديونية دون عنصر المسئولية.

حالات الالتزام الطبيعى التى ينص عليها القانون:

قد ينص المشرع على بعض صور الالتزام الطبيعى، وفى تلك الحالات ينطبق حكم النص القانونى. مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٣٨٦ من أنه إذا إنقضى إلتزام مدنى بالتقادم تخلف عنه فى ذمة المدين إلتزام طبيعى.

حالات الالتزام الطبيعى المتروكة للقضاء:

يقدر القاضى عند عدم وجود نص ما اذا كان هناك التزام طبيعى، وفى كل حال لا يجوز أن يقوم إلتزام طبيعى يخالف النظام العام.

فللقاضى إذن سلطة تقدير وجود إلتزام طبيعى من عدمه. الا ان سلطة القاضى فى التقدير ليست مطلقة بل هى مقيدة بقيدين، هما فى الحقيقة الشرطان اللازمان لقيام الالتزام الطبيعى.

الاول: يتعين على القاضى أن يتحقق من قيام واجب أدبى وأن يتثبت من أن هذا الواجب يرقى فى وعى الفرد أو فى وعى الجماعة الى مرتبة الالتزام الطبيعى. والمعيار هنا معيار موضوعى لا ذاتى، أى لا يعتمد على الاحاسيس الشخصية للفرد بل على ما يشعر به الانسان العادى وما تحس به الجماعة بصفة عامة.

ومن أمثلة الواجبات الأدبية التى ترقى إلى مرتبة الالتزام الطبيعى التزام الشخص بتعويض آخر عن الضرر غير المباشر الذى حاق به من جراء خطأ وقع منه. والتزام الشخص بالانفاق على الاقارب الذين لا تلزمه نفقتهم قانوناً، والتزام الاب بتجهيز إبنته عند الزواج.

الثانى: لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى مخالف للنظام العام، إذ أن الواجبات الخلقية لا يتصور أن تكون غير مشروعة. وعلى ذلك لا يمكن أن يكون إلتزاماً طبيعياً التعهد بدفع دين الرهان أو المقامرة أو المخدرات أو الدعارة، حيث يجوز لمن دفع فى هذه الحالات أن يسترد ما دفعه.

آثار الالتزام الطبيعى:

١- اذا قام المدين بالوفاء بالالتزام الطبيعى كان وفاؤه صحيحاً. وإنما يلزم أن يكون المدين على بينة وإختيار، أى أنه يعلم أنه يوفى بدين وهو غير مجبر على الوفاء به. ويترتب على ذلك الوفاء أنه يمتنع عليه المطالبة برد ما دفع نظراً لانه قد أوفى بدين وليس تبرعاً.

٢- يصلح الالتزام الطبيعى أن يكون سبباً لالتزام مدنى، فاذا تعهد المدين بالوفاء بالالتزام الطبيعى تحول هذا الالتزام الى إلتزام مدنى ويمكن إجباره على تنفيذه. ولكن مجرد الاعتراف لا يكفى بل يلزم أن يكون هناك تعهد بالوفاء صادر عن بينة وإختيار.

٣- عدم جواز المقاصة بين الالتزام الطبيعى والالتزام المدنى، لان المقاصة تعتبر نوعاً من الوفاء يقع بقوة القانون، أى جبراً على المدين من جهة، ولان المقاصة القانونية تتطلب المساواة بين الدينين فى القوة من جهة أخرى.

٤- لا يجوز ضمان الالتزام الطبيعى بكفالة شخصية أو برهن لان فى ذلك إجبار المدين على تنفيذ الالتزام بطريق غير مباشر، إذ فى حالة كفالة الالتزام، يجبر الكفيل على الوفاء به اذا لم يقم المدين بالوفاء، ثم يرجع الكفيل على المدين.

المبحث الثاني

أوصاف الالتزام

تمهيد:

الالتزام قد يكون بسيطاً، أي مجرد رابطة قانونية تقوم بين شخصين: دائن ومدين ولم يلحق به وصف يعدل من آثاره. والوصف هو أمر معين يلحق الالتزام في أحد عناصره ويؤدي الى تعديل آثاره، ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام بالموصوف أو الالتزام المركب، وهذه الأوصاف على أنواع ثلاثة:

١- منها ما يتصل بنفاذ الالتزام أو وجوده، أي تجعله غير منجز وهي الشرط والاجل.

٢- ومنها ما يتصل بمحل الالتزام، فقد يتعدد المحل، فيكون الالتزام تخييرياً أو بدلياً.

٣- وقد يتصل الوصف بطرفي الالتزام، فقد يتعدد الطرفان، فيكون الالتزام مشتركاً أو قضائياً.

المطلب الاول

الشرط والأجل

الشرط والاجل وصفان يلحقان الالتزام فيعدلان من آثاره. والشرط كالاجل كلاهما أمر مستقبل، ولكن تأثيرهما على الالتزام ليس واحداً، اذ الشرط يتميز عن الاجل بأنه أمر غير محقق الوقوع، ومن ثم فالالتزام المعلق على شرط يكون غير محقق في قيامه أو في زواله، أما الالتزام الموصوف بأجل فيكون محقق الوقوع، ولكنه مؤجل النفاذ او الانقضاء.

الشــــرط:

الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله. فاذا كان وجود الالتزام متوقفاً على الشرط يكون الشرط واقفاً. فالشرط الواقف هو الذى يتوقف على تحققه وجود الالتزام، فان تخلف لا يوجد الالتزام. فاذا تعهد والد لولده بأن يهبه منزلاً اذا تزوج، يكون الزواج، وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، شرطاً علق عليه إلتزام الوالد.

أما إذا ترتب على تحقق الشرط زوال الالتزام المعلق عليه كان هذا الشرط فاسخاً. فالالتزام المعلق على شرط فاسخ يوجد فى الحال وينفذ ولكن زواله هو الذى يعلق على الشرط، فاذا تحقق الشرط زال الالتزام وأعتبر كأن لم يكن، وإذا تخلف يصبح الالتزام باتاً. فاذا أوصى الزوج لزوجته بمنزل بشرط الا تتزوج بعد وفاته لتنقطع لتربية أولاده، فان الزواج، وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يعتبر شرطاً فاسخاً، فاذا تحقق ترتب عيه زوال الالتزام أى الوصية، واذا تخلف تصبح الوصية باتة أى الالتزام نهائى.

الاجـــل:

الاجل أمر مستقبل محقق الوقوع، يترتب على حلوله نفاذ الالتزام أو إنقضاؤه. كما لو تعهد شخص لآخر بأن يقرضه مبلغًا من المال فى خلال سنة أو في موعد شهر.

فالاجل إذن كالشرط هو أمرمستقبل، غالباً ما يكون تاريخاً معيناً يرتبط به نفاذ الالتزام كما فى المثال السابق أو إنقضائه كالتزام المقترض بأن يرد مبلغ القرض فى تاريخ معين.

ولكن الاجل يتميز عن الشرط بانه أمر محقق الوقوع، ولذلك كان الحق المؤجل حقًا موجوداً كاملاً وإن كان مؤجل النفاذ.

وينقسم الأجل من حيث أثره، إلى أجل واقف يترتب على حلوله نفاذ الالتزام أى أن يصبح الالتزام واجب النفاذ مستحق الأداء، كالتزام المقترض برد الالتزام في الموعد المحدد. وأجل فاسخ يترتب على حلوله إنقضاء الالتزام وانتهاء تنفيذه، ومثاله عقد التوريد لمدة سنة، حيث يترتب على مرور السنة إنتهاء إلتزام المورد بالتوريد.

ومن حيث المصدر ينقسم الأجل الى أجل إتفاقى وأجل قضائى وأجل قانونى. فالاجل الاتفاقى ينشأ من الاتفاق بين المتعاقدين، وقد يكون الاتفاق صريحاً، وقد يكون ضمنياً. أما الاجل القضائى فيحده القضاء ويسمى نظرة الميسرة حيث يمنح القاضى المدين حسن النية أجلاً للوفاء بدينه. وأخيراً فأن الأجل القانونى هو ما يتكفل القانون بتحديده، كالوصية التى لا تنفذ الا بموت الموصى.

ينقضى الأجل، عادة، بحلوله، ولكنه قد ينتهى قبل ميعاده إما بسقوطه بحكم القانون أو بالتنازل عنه من قبل المدين.

يحل الاجل بانقضاء المدة المعينة له، فاذا كان الدين مستحق الأداء فى تاريخ معين، إنقضى أجله بحلول هذا التاريخ.

وقد ينتهى الاجل بالنزول عنه ممن تقرر لمصلحته، فيمكن للمقترض أن يرد مبلغ القرض قبل حلول الأجل المتفق عليه.

وقد يسقط الأجل فى حالات معينة نص عليها القانون مثل إفلاس المدين إو إعساره، وإذا أضعف المدين التأمين الذى أعطاه للدائن حتى يفى بدينه، كأن يهدم بعض طوابق المنزل المرهون ضماناً للدين. ويسقط الأجل كذلك إذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد به من تأمينات لضمان الدين.

المطلب الثانى
تعدد محل الالتزام

يكون الالتزام بسيطاً إذا إشتمل موضوعه على شئ واحد أو على عدة أشياء تجب معاً، بحيث لا تبرأ ذمة المدين إلا بادائها كلها.

أما إذا أشتمل محل الالتزام على عدة أشياء وتبرأ ذمة المدين إذا ادى واحداً منها فاننا نكون بصدد إلتزام تخييرى.

وقد يكون محل الالتزام شيئاً واحداً فقط، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلاً من هذا الشئ شيئاً آخر. فهنا يقال أن الالتزام بدلى.

الالتزام التخييرى:

هو الالتزام الذى يشتمل موضوعه على جملة أشياء، ولكن تبرأ ذمة المدين منها إذا قام بآداء واحد منها فقط، كالتزام الشريك بأن يقدم للشركة حصة نقدية أو عينية أو عملاً.

فيجب إذن لقيام وصف التخيير، أن يتعدد محل الالتزام وأن يتوافر فى كل منها جميع الشروط التى يستلزمها القانون فى المحل وأن يكون أحد هذه المحال وحده واجباً الوفاء.

والاصل أن يكون الخيار للمدين، أى هو الذى يختار المحل الذى تبرأ ذمته بالوفاء به، ولكن قد ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على أن يكون الخيار للدائن أو لشخص آخر.

الالتزام البدلى:

هو الالتزام الذى يقع محله على شئ واحد فقط، ولكن المدين يستطيع إبراء ذمته إذا أدى شيئاً آخر بدلاً من المحل الأصلى.

والخيار هنا قد لا يكون الا للمدين فقط، فالدائن لا يستطيع أن يطالب الا بالشئ الاصلى فقط.

المطلب الثالث
تعدد طرفي الالتزام

الأصل فى الالتزام أن يكون بسيطاً، فيه دائن واحد ومدين واحد، ولكن قد يتعدد الأطراف. فاذا تعدد الدائنون أو المدينون ولكن دون تضامن بينهم، كان الالتزام مشتركاً، أما إن كان هناك تضامن كان الالتزام تضامنياً. ويكون التضامن إيجابياً اذا قام التضامن بين الدائنين، ويكون سلبياً إذا قام بين المدينين.

واخيراً قد يتعدد الطرفان أو أحدهما دون تضامن ولكن يكون الالتزام غير قابل للانقسام أو التجزئة. ونعرض لتلك الفروض فيما يلي:

الالتزام المشترك:

اذا تعدد الدائنون أو المدينون فى الدين الواحد، دون تضامن، فان الدين ينقسم بينهم، أى أن تتعدد الالتزامات بقدر عددهم.

والتعدد يكون مصدره القانون أو الاتفاق. فاذا توفى الدائن إنتقل حقه الى ورثته، ويصبح للمدين دائنون متعددون هم الورثة بدلاً من دائن واحد. واذا إشترى عدة أشخاص عقاراً معيناً أصبحوا مدينين بالثمن.

والقاعدة أن يكون لكل واحد من الدائنين نصيبه فى الدين كأنه دين مستقل بذاته. وكذلك فى حالة تعدد المدينين بالنسبة إلى نصيب كل منهم. فلا يتأثر أحد الدائنين أو المدينين بموقف باقى الشركاء.

فاذا إشترى عدة أشخاص عقاراً على الشيوع فان كل منهم لا يلتزم الا بحصته فى العقار أى لا يدفع من الثمن الا ما يقابل نصيبه. واذا باعوا هذا العقار فلا يكون لأى منهم أن يطالب المشترى الا بقدر نصيبه فى الثمن.

التضامن الايجابى (التضامن بين الدائنين):

نكون بصدد تضامن بين الدائنين اذا كان لكل منهم الحق فى إقتضاء الدين كله من المدين، ويحق للمدين أن يوفى كل الدين لأى منهم، على أن يرد الدائن الذى يستوفى الدين كله لكل واحد من الدائنين الاخرين نصيبه.

والتضامن بين الدائنين لا يكون الا بناءً على إتفاق بينهم. ويجب أن يكون هذا الاتفاق واضحاً وغير قابل للشك، ولا يمكن إقتراضه.

التضامن السلبى (التضامن بين المدينين):

يقوم التضامن السلبى فى للعلاقة بين المدينين، ويكون كل مدين مسئولاً عن كل الدين، بحيث يستطيع الدائن أن يطالب أى مدين منهم بالوفاء بكل الدين. ويجوز لأى منهم أن يفى الدين كله فيبرئ نفسه وسائر المدينين معه، على أن يرجع على كل منهم بقدر نصيبه فى الدين.

والتضامن لا يفترض. بل يجب ان يكون بناء على إتفاق أو نص فى القانون. ومن أمثلة ذلك تضامن المسئولين عن عمل ضار فى إلتزامهم بالتعويض عن الضرر. والتضامن بين الشركاء فى شركة التضامن. والتضامن بين ساحب الكمبيالة ومن يقبلها ومن يظهرها.

وللتضامن بين المدينين أهمية بالغة فى الحياة العملية وبصفة خاصة فى المسائل التجارية، فالقاعدة أنه مفترض فى تلك المسائل ما لم يتفق على إستبعاده. وتبدو أهمية التضامن السلبى بالنظر إلى الائتمان الذى يوفره للدائن، إذ يضمن الحصول على حقه كاملاً من أى مدين ويتفادى بذلك خطر إعسار أو إفلاس أحد المدينين.

يكون للمدين المتضامن إذا وفى كل الدين أن يرجع على بقية المدينين المتضامنين، فله أن يطالب الآخرين كلاً بحصته. وتعين حصة كل مدين

فى الاتفاق الذى أنشأ الدين، فان لم تعين الحصة، إنقسم الدين حصصاً متساوية على الجميع.

فاذا وجد بين المدينين شخص معسر أو غير قادر على الدفع، تحملوا جميعاً متضامنين حصته، وتنقسم حصة المدين المعسر عليهم بنسبة حصة كل منهم فى الالتزام التضامنى.

عدم قابلية الالتزام للانقسام (عدم تجزئة الالتزام):

اذا كان محل الالتزام يقبل التجزئة فانه يكون قابلاً للانقسام، والأصل فى الالتزام أنه يقبل الانقسام، فاذا تعدد أطرافه، فانه يقسم بينهم سواء أكانوا دائنين أم مدينين، الا انه فى بعض الاحوال يكون الالتزام غير قابل للانقسام، بحيث يجب الوفاء به جملة واحدة.

يكون التزام غير قابل للانقسام إما بسبب طبيعة محله، وإما باتفاق الطرفين على ذلك صراحة أو ضمناً.

١- يكون الالتزام غير قابل للانقسام بطبيعته اذا كان محله شئ أو عمل غير قابل لتجزئة مادية أو معنوية، كالالتزام بتسليم الحيوان المبيع الى المشترى، والالتزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة. والإلتزام بعدم التعرض للمشتري.

٢- وقد يتفق الاطراف على أن يكون الالتزام غير قابل للتجزئة رغم أنه بطبيعته يقبل الانقسام. وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمنياً. كمن يشترى أرضاً ليقيم عليها بناء لا تمكن إقامته على مساحة أقل، ومتى كان البائع عالماً بغرض المشترى يقوم إتفاقهما ضمناً على عدم تجزئة الالتزام بنقل ملكية هذه الارض.

لا تظهر أهمية التمييز بين الالتزام القابل للانقسام والالتزام غير

القابل للانقسام إلا حيث يتعدد المدينون أو الدائنون، أما حيث لا يتعدد الدائن و لا المدين، فيتعين الوفاء بالالتزام كاملاً دون تبعيض، منقسماً كان أو غير قابل للانقسام، ولا يجبر الدائن على قبول الوفاء مجزئًا.

- اذا تعدد المدينون بالتزام غير قابل للانقسام، يكون كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً. ويجوز للدائن أن يطالب أيًا منهم بالدين كله، وله أن يطالبهم جميعاً. ويكون لمن يوفى بالالتزام حق الرجوع على سائر المدينين. ويكون الرجوع على كل بقدر حصته.

- وفى حالة تعدد الدائنين بالتزام غير قابل للتجزئة، يجوز لكل دائن أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً. ويرجع الدائنون على الدائن الذى إستوفى الالتزام كل بقدرحصته.

والاصل أن الحصص متساوية الا اذا حدد الاتفاق نسبة أخرى لكل منهم. واذا أعسر أحدهم تحمل الباقون نصيبه كل بقدر حصته.

والأصل أن الحصص متساوية الا اذا حدد الاتفاق نسبة أخرى لكل منهم. واذا اعسر احدهم تحمل الباقون نصيبه كل بقدر حصته، كما هو الحال فى أحكام التضامن.

المبحث الثالث

انتقال الالتزام

يقصد بانتقال الالتزام تغير أحد أطرافه مع بقاء الالتزام فى ذاته فى قوامه وفى خصائصه، فاذا حل شخص جديد محل الدائن، كان الانتقال إيجابياً وسمى بحوالة الحق، أما إذا حل الشخص محل المدين، كان الانتقال سلبياً وسمى بحوالة الدين.

حوالة الحق:

ينتقل الحق عن طريق الاتفاق الذى يتم بين الدائن وشخص آخر ليصبح هذا الأخير الدائن الجديد (المحال إليه) إليه. أى أن المحيل ينقل إلى المحال اليه ماله من حق لدى المدين.

وتكون حوالة الحق فى الغالب بمقابل (ثمن نقدى أو قضاء دين للمحال إليه على المحيل). وقد تتم الحوالة دون مقابل. ففى الحالة الأولى تكون الحوالة بيعاً وتطبق أحكام البيع، وتكوت فى الحالة الثانية هبة وتأخذ حكم التبرعات.

تتم حوالة الحق بمجرد الاتفاق بين المحيل والمحال إليه، دون حاجة إلى رضاء المدين المحال عليه، وذلك على أساس أن المدين يستوى لديه إستبدال دائن بدائن آخر.

لا تنفذ الحوالة فى مواجهة المدين الا باحاطته علماً بتمامها حتى لا يقوم بالوفاء للدائن المحيل، بل يوفى للمحال له. ويعلم المدين بالحوالة إذا أعلن بها أو بقبوله لها، ويكون الاعلان بورقة رسمية من أوراق المحضرين. وقبول المدين للحوالة قد يكون صريحاً أو ضمنياً.

إلا أنه يشترط لنفاذ الحوالة قبل الغير أى للاحتجاج بها عليه أن يكون المدين قد أعلن بها أو قبلها ولكن يشترط فى هذا الاعلان أو

القبول أن يكون ثابت التاريخ. والغير هم الأشخاص الذين لهم حق خاص يتعلق بالحق المحال ويتعارض مع الحوالة.

ونظراً لما تقتضيه المعاملات التجارية من سرعة فان القانون التجارى قد أجاز حوالة الحقوق الثابتة فى الأوراق التجارية كالكمبيالة والشيك والسند الاذنى بمجرد التظهير، وذلك بأن يضع صاحب السند توقيعه على ظهره. وفى حالة السند لحامله فينتقل بمجرد تسليمه من شخص الى آخر. ويكون الانتقال نافذاً فى مواجهة الكافة دون حاجة الى قبول المدين أو إعلانه.

أما بالنسبة للاوراق المالية الاسمية (السهم الاسمى أو السند الاسمى أى المقيد باسم شخص معين) فان حوالتها لا تنفذ فى خق الغير إلا إذا قيدت الحوالة فى سجل خاص يحتفظ به المدين (الشركة).

يترتب على إنعقاد الحوالة إنتقال الحق من المحيل الى المحال اليه، فيصبح هذا الاخير هو الدائن الجديد محل الدائن السابق (المحيل).

وينتقل الحق بكل صفاته وتوابعه وملحقاته وضماناته، فهو يحتفظ بطبيعته مدنياً أو تجارياً، وكذلك بصفاته: معلق على شرط أو مقترناً بأجل، وأيضاً بضماناته كالتأمينات التى تضمن الوفاء به كرهن أو كفالة.

ويلتزم المحيل بأن يسلم المحال اليه سند الحق المحال وأن يقدم له وسائل إثباته وكل ما هو ضرورى لاستيفائه.

حوالة الدين:

حوالة الدين هى الاتفاق الذى يتم بمقتضاه نقل الدين من المدين الاصلى(المحيل) الى شخص آخر يتحمل عنه هذا الدين (المدين الجديد أو المحال عليه)، هذا مع بقاء الدين فى ذاته بجميع مقوماته وخصائصه.

وتتحقق حوالة الدين إما باتفاق بين المدين الاصلى والمحال عليه(المدين الجديد) وإما باتفاق بين الدائن والمحال عليه.

وحوالة الدين قد تكون بمقابل، إذ قد يتعهد المحال عليه بسداد دين المحيل مقابل البضاعة التي إشتراها منه. وقد يقصد المحال عليه التبرع بتحمل دين المحيل.

وأهم تطبيق لحوالة الدين فى الحياة العملية هو الذى يتحقق فى نزول أحد العاقدين، فى عقد ملزم للجانبين، كمقاولة أو تأمين، عن هذا العقد إلى غيره، فلا يتيسر النزول عن إلتزاماته فيه الا عن طريق حوالة الدين. وقد تتعلق الالتزامات بمجموعة من المال، كمحل تجارى، فلا يتيسر إنتقالها كذلك إلا عن طريق حوالة الدين.

واذا كان إنعقاد الحوالة يتم بمجرد الاتفاق السابق، إلا إنها لا تكون نافذة فى مواجهة الدائن إلا إذا أقرها. فرضاء الدائن ليس شرطًا لانعقاد الحوالة ولكنه ضرورى لنفاذها. وإشتراط إقرار الدائن للحوالة أمر طبيعى، ذلك أن تغير المدين أمر خطير، فشخصية المدين هى ذات إعتبار كبير فى الالتزام، إذ أن قيمة الالتزام تتوقف على شخصية المدين من حيث يساره وحرصه على الوفاء بديونه.

فلا بد لنفاذ الحوالة إذن فى حق الدائن من إقرارها، ولا يكفى أن يعلن بها الدائن كما فى حوالة الحق. فالدائن لا يجبر على تغيير مدينه، بل إن له الخيار بين إقرار الحوالة أو رفضها.

وإقرار الدائن للحوالة قد يكون صريحًا وقد يكون ضمنياً كأن يطالب المدين الجديد بالدين أو أن يمنحه أجلا للوفاء أو أن يستوفى الدين منه مباشرة.

يترتب على الحوالة إنتقال الدين من ذمة المدين الاصلى الى المحال عليه (المدين الجديد). والدين الذى ينتقل هنا هو نفس الدين الذى كان فى ذمة المدين بصفته وضماناته ودفوعه. ويتفرع على ذلك أن الدين اذا كان تجارياً فينتقل بهذا الوصف، واذا كان معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل، فينتقل بشرطه أو بأجله، واذا كان منتجاً لفوائد فينتقل منتجاً للفوائد بنفس الشروط.

وتبرأ ذمة المدين الاصلى فى الوقت الذى يلتزم فيه المدين الجديد بالوفاء للدائن بالدين.

المبحث الرابع

إنقضاء الالتزام

تتعدد الطرق التى ينقضى بها الالتزام، وقد قسم المشرع هذه الطرق الى أقسام ثلاثة:

الاول: يتضمن إنقضاء الالتزام بتنفيذه، وهذا هو الطريق الطبيعى لانقضاء الالتزام، حيث يقوم المدين- مختاراً- بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً عن طريق الوفاء به.

الثانى: يتضمن إنقضاء الالتزام بما يقوم مقام الوفاء أو يعادله، ويتم هذا عن طريق الوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة.

الثالث: يتضمن إنقضاء الالتزام دون وفاء، أى دون تنفيذه عيناً أو بمقابل، أى دون أن يحصل الدائن على حقه ولا على ما يعادله، ويكون ذلك فى الابراء وإستحالة التنفيذ والتقادم المسقط.

وينقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة نتناول فيها أسباب إنقضاء الالتزام. على التوالي:

المطلب الاول

الوفـاء

الوفاء هو قيام المدين بما إلتزم به، أى التنفيذ العينى الاختيارى للالتزام، ويعتبر الوفاء الطريق الطبيعى المرغوب فيه لانقضاء الالتزام. فالبائع يفى بالتزامه بنقله ملكية المبيع، والمقاول يفى بالتزامه باقامة البناء الذى تعهد باقامته.

القاعدة أن المدين نفسه هو الذى يقوم بالوفاء بالتزامه، اذ هو الذى يقع عليه واجب الوفاء، فهو صاحب المصلحة فى القيام بوفاء الدين حتى تبرأ ذمته فى مواجهة الدائن.

ويمكن أن يقوم شخص من الغير بوفاء الدين محل المدين، حيث قد تكون لهذا الشخص مصلحة في الوفاء بدين المدين، كما لو كان كفيلاً عنه. فإذا قام الغير بوفاء الدين، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه.

والأصل أن يكون الوفاء للدائن، ويجب لصحة الوفاء أن تتوافر لدي الدائن أهلية إستيفاء الدين، فإذا كان ناقص الأهلية أو غائبًا، أمكن الوفاء لنائبه، كالولي أو الوصي أو الوكيل، وعلى الموفي أن يتحقق من وجود النيابة.

وقد يمتنع الدائن عن قبول الوفاء لأى سبب من الأسباب، فى الوقت الذى يحرص فيه المدين على أن تبرأ ذمته بأسرع ما يمكن، لذلك رسم القانون إجراءات معينة للتغلب على عنت الدائن الذى لا يقبل الوفاء.

للمدين ان يعذر الدائن فى حالة رفضه قبول الوفاء، وذلك بأن يسجل رفض الدائن فى إعلان رسمى على يد محضر. تأتى بعد ذلك مرحلة العرض الحقيقى، أى أن يسلم المدين للمحضر الشئ الواجب عليه فيعرضه المحضر على الدائن. فاذا رفض الدائن العرض قام المحضر بايداعه خزانة المحكمة. فاذا قبل الدائن العرض أو قضت المحكمة بصحة العرض والايداع برئت ذمة المدين من يوم العرض.

يجب أن يكون الوفاء بالشيئ الذى التزم به المدين، فمحل الوفاء هو عين ما إلتزم به المدين، سواء كان الالتزام باعطاء شيئ أو كان إلتزامًا بعمل أو إمتناع عن عمل. والشيئ المستحق أصلا هو الذى به يكون الوفاء، ولا يمكن أن يجبر الدائن على قبول شيئ غيره، ولو كان هذا الشيئ مساويًا له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى.

كما أن على المدين أن يوفى بكل الشيئ المستحق، ولا يجوز له تجزئته، فالقاعدة أنه لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاءً

جزئيًا لحقه. إلا أن الوفاء الجزئي يجوز - استثناءًا - باتفاق الطرفين أو بنص القانون، حيث يجوز للقاضي تقسيط الدين.

تقضى القواعد العامة فى الاثبات أن على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه.

المطلب الثانى

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

أسباب إنقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء هي: الوفاء بمقابل، التجديد، المقاصة، إتحاد الذمة

الوفاء بمقابل:

الوفاء بمقابل، أو الاعتياض، هو قبول الدائن مقابلاً يستعيض به عن المستحق له أصلا. وفى هذه الحالة يقوم المدين، فى سبيل الوفاء بما هو ملتزم به قبل الدائن، باعطاء الدائن شيئًا آخر غير الذى كان ملتزمًا بآدائه. فقد يكون ملتزمًا بأداء مبلغ من النقود، وتبرأ ذمته بتقديم بضائع أو سلع أو بنقل ملكية عقار إلى الدائن، وقد يكون ملتزمًا بنقل ملكية عقار أو منقول، ويقدم بدلاً من ذلك عقاراً آخر ونقوداً.

ويجب لتحقق الوفاء بمقابل أن يتوافر شرطان: الأول - أن يوجد إتفاق يقبل فيه الدائن أن يستعاض عن الوفاء بمحل الالتزام الأصلى الوفاء بنقل ملكية شيئ آخر إلى الدائن، أى أن يقوم المدين بتقديم مقابل لما كان عليه من إلتزام. الثانى - أن يكون ما قدمه المدين شيئًا آخر غير المستحق أصلاً، ويجب تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلاً إلى الدائن.

التجديد:

التجديد هو إحلال دين جديد محل الدين القديم، وهذا الدين الجديد يختلف عن القديم إما فى محله أو فى مصدره أو فى أحد طرفيه، فهو إتفاق على إنقضاء إلتزام قديم، وإنشاء إلتزام جديد يحل محله ويختلف عنه فى عنصر من عناصره، قد يكون الدين أو أحد طرفيه (الدائن أو المدين). ويترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه، وأن ينشأ مكانه إلتزام جديد.

الانابة فى الوفاء:

تعنى الانابة أن المدين قد أناب عنه شخصًا آخر يتعهد للدائن بالوفاء بدين جديد بدلا من الدين الذى كان فى ذمته. فهى تتم إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يقوم بوفاء الدين مكان المدين. فهى عمل قانونى يقتضى وجود ثلاثة أشخاص: المنيب (المدين)، المناب (الشخص الأجنبى الذى سيفى بالدين)، المناب لديه (الدائن).

وغالبا ما تكون بين المنيب والمناب علاقة مديونية سابقة، فيها المنيب دائن والمناب مدين، وهذا ما يفسر رضاء المناب بأن يتعهد بالوفاء للمناب لديه. كما لو أناب البائع المشترى فى أن يدفع ما عليه من ثمن لدائن البائع.

وقد لا يكون المناب مدينًا للمنيب ولكنه يقصد التبرع بقيمة الدين للمنيب أو يقصد إقراضه تلك القيمة على أن يطالبه بها بعد ذلك.

والانابة تكون كاملة عندما ينيب المدين عنه شخصًا آخر يتعهد للدائن بدين جديد بدل الدين الذى كان فى ذمته، فالانابة الكاملة تؤدى إلى إنقضاء الدين القديم لينشأ مكانه دين جديد. وهذا تجديد بتغيير المدين.

أما الانابة القاصرة، فهى لا تتضمن تجديداً، بل يبقى الدين فى ذمة المدين الأصلى، وينضم إليه المدين الجديد ليكون مدينًا، لذات الدائن، بدين آخر. فمناط التفرقة بين نوعى الانابة يكمن فى تضمنها تجديداً بتغيير المدين أو عدم تضمنها له، اذا تضمنت تجديداً بتغيير المدين كانت إنابة كاملة، وإن لم تتضمن تجديدا بتغيير المدين كانت إنابة قاصرة.

ولما كان التجديد لا يُفترض، وجب أن يكون هناك إتفاقًا صريحًا على تغيير المدين أى براءة ذمة المنيب وحلول المناب محله تجاه الدائن. وهذا شرط ضرورى حتى نكون بصدد إنابة كاملة.

المقاصة:

تعتير المقاصة سببًا من أسباب إنقضاء الالتزامات وبصفة خاصة فى المعاملات التجارية والحسابات الجارية. فهى تفترض أن المدين قد صار دائنًا لدائنه، حيث تجتمع فى كل من طرفى الالتزام صفة الدائن والمدين، فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما. فاذا إقترض شخص ألف جنيه، ثم باع إلى المقرض شيئًا بمبلغ خمسمائة جنيه، إنقضى الدينان بالمقاصة، بقدر الأقل منهما، بحيث يكون المقرض وهو المشترى دائنًا للمقترض وهو البائع، بمبلغ خمسمائة جنيه.

والمقاصة على أنواع ثلاثة. فهي إما قانونية، تقع بحكم القانون متى توافرت شروطها، وإما قضائية، تجرى أمام القضاء، وإما إتفاقية، يستطيع الأفراد تنظيمها بارادتهم ويحددوا شروطها.

وهناك عدة شروط لاجراء المقاصة القانونية:

١- التقابل بين الالتزامات، بمعنى أن يكون كل من طرفى المقاصة دائنًا للآخر بصفته الشخصية، اذ لا يجوز للوكيل مثلا أن يتمسك بالمقاصة بين حق موكله ودينه هو.

٢- التماثل فى محل الدينين، اذ يجب أن يكون محل الدينين متحداً. فالمقاصة لا تقع إلا بين النقود وفيما بين المثليات. ولا يكفى التماثل فى النوع بل يجب أن يتحدا أيضًا فى الجودة. فلا مقاصة بين التزام بتوريد قمح والتزام بتقديم قطن مثلا. ولا إلتزام بنقل ملكية والتزام بعمل.

٣- خلو الدينين من النزاع، يلزم أن يكون كل من الدينين خاليًا من النزاع أى أن يكون محققًا فى وجوده، معلومًا فى مقداره. فلا تقع المقاصة إذا كان أحد الدينين محل منازعة جدية فى صحة نشأته أو فى تحديد مقداره، مثل دين تعويض عن ضرر قبل تقدير التعويض.

٤- أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء فلا تقع المقاصة بين دين حال ودين مؤجل، أو بين دينين مؤجلين.

٥- يلزم أن يكون الدينان صالحين للمطالبة القضائية: يجب أن يكون كل من الدينين جائزاً إقتضاؤه جبراً على المدين بالقضاء، فلا تقع المقاصة بين دين طبيعى وآخر مدنى لأن الدين الطبيعى لا جبر فى آدائه، ولا تصح أيضا بين دين طبيعى ودين طبيعى آخر.

٦- قابلية كل من الدينين للحجز، إذ يجب أن يكون كلا الدينين قابلاً للحجز لأن المقاصة وفاء إجبارى. فمثلا اذا أقرض زوج زوجته مبلغًا من المال، ثم حكم لها بالنفقة عليه، لم تقع المقاصة بين حق الزوج الناشئ من القرض ودين النفقة المتوجب عليه. ويجب فى هذه الحالة أن يوفى بدين النفقة، ثم يرجع بحقه على زوجته. كذلك لا تجوز المقاصة بين أجر العامل بالقدر غير القابل للحجز ودين مقابل لرب العمل.

ولا تقع المقاصة إلا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز

للقاضى أن يقضى بها من تلقاء نفسه، ولكن اذا تمسك بها صاحب المصلحة وجب على القاضى أن يحكم بها ما دامت قد استكملت شروطها.

ولا يجوز النزول عن المقاصة مقدما أى قبل ثبوت الحق فيها، أما اذا ترتب الحق فى المقاصة كان لذى المصلحة أن ينزل عن التمسك به، ولذلك لا يصح للمدين، عند عقد الدين أن ينزل مقدما عن المقاصة.

يترتب على التمسك بالمقاصة بين الطرفين انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، فهى وفاء مزدوج، وكل من الطرفين يوفى ما عليه من دين للآخر مما هو دائن له به. واذا كان الدينان غير متساويين إنقضى الدينان بقدر الأقل منهما، وفى هذه الحالة يستوفى صاحب الدين الأكبر حقه بصفة جزئية.

إتحاد الذمة:

يتحقق إتحاد الذمة عندما تجتمع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد. اذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، إنقضى هذا الدين بالقدر الذى إتحدت فيه الذمة.

وغالبا ما يقع إتحاد الذمة بسبب الميراث أو الوصية، فاذا مات الدائن وورثة المدين، تجتمع فى هذا الأخير صفتا الدائن والمدين، أى يصبح دائنا لنفسه وينقضى دينه عن طريق إتحاد الذمة. ونفس الحكم اذا كان الدائن قد أوصى لمدينه بجزء من التركة، فينتقل الدين إلى المدين الوارث، وينقضى بالقدر الذى إتحدت فيه الذمة.

وقلما يقع إتحاد الذمة بين الأحياء، ومن أمثلته أن تشترى إحدى الشركات السندات التى أصدرتها.

المطلب الثالث

إنقضاء الالتزام دون وفاء

ينقضى الالتزام دون أن يقوم المدين بالوفاء أو ما يعادل الوفاء فى حالات ثلاث هى: الابراء، إستحالة التنفيذ، التقادم المسقط. ونعرض لها على التوالي.

الابراء:

الابراء هو تنازل الدائن عن حقه بدون مقابل، فهو تبرع ينقضى به الدين وتبرأ ذمة المدين دون أن يحصل الدائن على شيء.

والابراء تصرف قانونى يتم على سبيل التبرع، ويتم بارادة واحدة هى ارادة الدائن، ودون حاجة إلى قبول المدين، بل يكفى مجرد علمه به. وإن كان للمدين أن يرفض الابراء، فيزول ما له من أثر.

ويعد الابراء هبة غير مباشرة ومن ثم فهو لا يخضع لأى شرط شكلى، ولكن تنطبق عليه الأحكام الموضوعية للتبرعات، فيجب مثلا، أن يكون الدائن أهلا للتبرع.

ويترتب على الابراء إنقضاء الدين بالقدر الذى تناوله، وينقضى مع الدين تبعا له كافة تأميناته العينية أو الشخصية.

استحالة التنفيذ:

ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه.

والمقصود بالاستحالة التى ينقضى بها الدين هى الاستحالة المطلقة أى التى تجعل الوفاء بالالتزام غير ممكن البتة، ولا يكفى أن يكون الالتزام مرهقًا طالما أنه لا زال ممكنًا، ففى هذه الحالة لا ينقضى الالتزام،

بل يمكن تخفيفه تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة.

والاستحالة قد تكون مادية كهلاك الشيء المبيع أو إصابة المقاول بمرض يمنعه من تنفيذ إلتزامه، وقد تكون الاستحالة قانونية كنزع ملكية العقار الذى إلتزم المدين بنقل ملكيته.

ويشترط أن ترجع إستحالة التنفيذ إلى سبب أجنبى لا يد للمدين فيه، كقوة قاهرة أو حادث فجائى أو خطأ الدائن أو فعل الغير، أما إن كانت الاستحالة بسبب خطأ المدين لم ينقض الالتزام وإنما يجب تنفيذه عن طريق التعويض. ويجب على المدين أن يثبت السبب الأجنبى الذى أدى إلى انقضاء الالتزام.

ويترتب على إستحالة التنفيذ إنقضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين منه، ولا يمكن مساءلة المدين بالتعويض عنه لأن الاستحالة لا ترجع إلى فعله. وتنقضى مع الالتزام توابعه، كالتأمينات العينية والشخصية التى كانت تضمنه.

التقادم المسقط:

مفهوم: يعد التقادم المسقط سببًا من أسباب إنقضاء الالتزام دون الوفاء به، وهو عبارة عن إنقضاء الحق اذا مضت عليه مدة معينة دون أن يطالب الدائن به أو دون أن يستعمله صاحبه. فالتقادم يفترض مضى مدة معينة دون أن يطالب الدائن المدين بالدين عند إستحقاقه. وبانقضاء هذه المدة يستطيع المدين أن يدفع أى مطالبة للدائن بالتمسك بالتقادم المسقط.

ويعمل بنظام التقادم المسقط على السواء بالنسبة للحقوق الشخصية والحقوق العينية فيما عدا حق الملكية. أما التقادم المكسب فإنه يرد على الحقوق العينية فقط، فهو يؤدى إلى كسب الحق العينى بالحيازة

المستمرة لمدة معينة. واذا كان التقادم المسقط يفترض وضع سلبيًا هو عدم مطالبة الدائن بالحق، فإن التقادم المكسب يستلزم وضعًا إيجابيًا هو الحيازة للمنقول أو العقار بشروط معينة.

ويجد التقادم المسقط اساسه في فكرة المصلحة العامة، حيث يتطلب الأمن والاستقرار الجماعى منع المطالبة بالحقوق التى يسكت الدائن عن المطالبة بها مدة طويلة وذلك لوضع حد للمنازعات. اذ يهدف القانون إلى حماية الأوضاع التى إستقرت لمدة طويلة.

مدة التقادم: القاعدة أن الالتزامات تتقادم بمضى خمس عشرة سنة . فهذه القاعدة تنطبق على جميع الالتزامات إلا ما ورد بشأنها نص خاص، أى فيما عدا الاستثناءات التى سنعرض لها فيما يلى والتى تتقادم بمدد أقصر.

هناك طائفة من الحقوق تسقط بمضى خمس سنوات وهى: الحقوق الدورية المتجددة مثل أجرة المبانى والأراضى الزراعية والفوائد والمهايا والأجور والمعاشات.

وحقوق أصحاب المهن الحرة وهى حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والاساتذة والمعلمين. على أنه اذا حرر سند بحق من هذه الحقوق، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة.

وتتقادم بخمس سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة، ولكن يتقادم بثلاث سنوات ما يستحق للأفراد قبل الدولة مثل المطالبة برد هذه الرسوم والضرائب التى دفعت بغير حق، ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها.

وبالنسبة للدعاوى المتعلقة بالكمبيالات أو السندات التى تحت إذن،

وتعتبر عملاً تجاريًا، أو بالسندات لحاملها، أو بالأوراق المتضمنة أمراً بالدفع، أو بالحوالات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها، وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية، يسقط الحق فى إقامتها بمضى خمس سنين، إعتباراً من اليوم التالى ليوم حلول ميعاد الدفع، أو من يوم عمل البروتستو، أو من يوم آخر مرافعة بالمحكمة، إن لم يكن صدر حكم أو لم يحصل إعتراف بالدين بسند منفرد. ويسرى التقادم الخمسي كذلك على دعاوى الشركة.

وهناك حالات أخرى لتقادم الحقوق بثلاث سنوات، نص عليها القانون فى مواطن متفرقة مثل سقوط الحق فى إبطال العقد بثلاث سنوات من يوم زوال سبب نقص الأهلية أو تكشف عيب الرضاء (الغلط أو التدليس...). ويسقط الحق فى التعويض عن العمل غير المشروع بثلاث سنوات من يوم علم المضرور بحدوث الضرر وبالمسئول عنه.

وتتقادم بسنة واحدة حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فى هذه الأشياء، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الاقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم. وحقوق العمال والخدم والاجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات.

ويقوم التقادم الحولى على قرينة الوفاء، فالقانون يفترض أن صاحب الحق قد إستوفى حقه خلال سنة، ويترتب على ذلك أنه يجب على من يتمسك بأن الحق قد سقط بالتقادم الحولى أن يحلف اليمين على أنه قد وفى الدين فعلا. ولا يستطيع المدين التمسك بالتقادم إذا أقر بوجود الدين أو بعدم الوفاء، أو إمتنع عن حلف اليمين . واذا حُرر سند بحق من الحقوق المذكورة فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة.

كيفية حساب مدة التقادم: يبدأ سريان التقادم من اليوم الذى يصبح

فيه الدين مستحق الأداء، ما لم ينص القانون على نص خاص. وتحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات.

قد تعرض أمور معينة تجعل من المتعذر على الدائن أن يطالب بحقه، فهنا يقف سريان مدة التقادم طالما وجد المانع. واذا زال المانع عاد سريان التقادم من جديد، ولكن لا تحسب فيه المدة التى كان موقوفًا فيها، وتضم المدة السابقة على الوقف إلى المدة اللاحقة له. وترجع أسباب وقف التقادم إلى فكرة واحدة هى تعذر مطالبة الدائن بحقه سواء لوجود مانع أو لنقص أهليته. وهذا المانع قد يكون ماديًا كقيام حرب أو ثورة، وقد يكون المانع أدبيًا، كقيام صلة قرابة أو زوجية أو أية صلة أخرى يتحقق فيها سبب من الأسباب الأدبية النفسية التى تحول بين الدائن وبين مطالبة المدين، وذلك كالعلاقة بين الأب والابن، والزوج وزوجته، والخادم مخدومه، والأصيل والنائب. ويرجع إلى القاضى سلطة تقدير طبيعة هذه العلاقة وهل يتوافر فيها الاحترام والثقة والرهبة التى يستحيل معها على الدائن أدبيًا أن يطالب بحقه.

اذا كان وقف التقادم لا يمنع من إحتساب المدة السابقة على الوقف، فإن قطع التقادم يؤدى إلى زوال تلك المدة، بحيث يبدأ سريان تقادم جديد، لا تحتسب فيه المدة السابقة، يعد إنتهاء الأثر الذى ترتب عليه الانقطاع.

وينقطع التقادم اذا قام الدائن بالمطالبة القضائية. وينقطع التقادم أيضًا بالتنبيه الذى يسبق الحجز، وبالحجز سواء كان حجزاً تنفيذيًا أو حجزاً تحفظيًا، وأخيراً بالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليسة مدينه أو فى الاشتراك فى توزيع ما نتج عن التنفيذ على مال المدين. وينقطع التقادم اذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحًا أو ضمنياً، كأن يقوم بدفع الفوائد أو جزء من الدين أو أن يقدم للدائن

تأمينًا شخصيًا أو عينيًا لضمان حقه.

ويترتب على إنقطاع التقادم إلغاء المدة السابقة، ويبدأ إحتساب تقادم جديد من وقت إنتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع.

آثار التقادم: لا تستطيع المحكمة أن تقضى بانقضاء الدين بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يتمسك به المدين أو من له مصلحة فى ذلك، فانقضاء الدين أمر يتعلق بالمصلحة الخاصة للمدين. ويجوز له أن يتنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه. ويجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف، وإنما لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض.

ويترتب على التقادم إنقضاء الالتزام، ولكن يتخلف عنه إلتزام طبيعي في ذمة المدين. أى أن أثر التقادم يقتصر على رابطة المسئولية، أما رابطة المديونية فتظل قائمة. فلا يكون للدائن أن يجبر المدين على الوفاء، ومع ذلك يكون للمدين الوفاء بالدين من تلقاء نفسه، ولا يعد بذلك متبرعًا، ولا يستطيع أن يسترد ما أدى عن بينة وإختيار.

ويكون للتقادم أثراً رجعيًا، بمعنى أن الالتزام ينقضى من وقت بدء سريان التقادم لا من وقت إستكمال مدته.

الفصل الخامس
مبادئ الاثبات

المبحث الأول

المبادئ العامة فى الاثبات

الاثبات وأهميته:

يتمثل الاثبات القانونى فى تأكيد حق متنازع عليه أمام القضاء وذلك بإقامة الدليل على الواقعة مصدر هذا الحق.

ولا شك فى أهمية إثبات الحق، فالحق بدون إقامة الدليل عليه يكون فى حكم العدم. ولا يستطيع القاضى أن يقضى بالحق إلا إذا أثبته صاحبه. لذلك فالاثبات يعد من الناحية العملية الوسيلة الأكيدة التى يعتمد عليها الافراد فى صيانة حقوقهم، فالحق لا قيمة له إذا لم تتوافر الوسيلة لاثباته عند المنازعة فيه.

وإثبات الحق يتطلب إثبات الواقعة القانونية المنشئة له، والوقائع القانونية إما أن تكون تصرفات قانونية إما أن تكون أفعال مادية. والتصرف القانونى هو فعل إرادى يتمثل فى إتجاه الارادة إلى إحداث أثر قانونى معين مثل البيع والايجار وغير ذلك من العقود، أما الفعل المادى فهو أمر محسوس يرتب القانون عليه أثراً معيناً مثال ذلك العمل غير المشروع حيث يلزم القانون فاعله بتعويض الشخص المضرور من جراء ذلك العمل.

والقاعدة أن الوقائع المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الاثبات أما التصرفات القانونية فالاصل أن يتم إثباتها بالكتابة، نظرا لأنها أفعال إرادية لذا يتصور إعداد دليل كتابى مسبق بشأنها إلا أنه فى بعض الحالات الاستثنائية يسمح القانون باثبات تلك التصرفات بشهادة الشهود كما سنرى.

دور القاضى على ضوء مذاهب تنظيم الاثبات:

نظراً لأهمية الاثبات البالغة، إهتمت الشرائع بتنظيمه، وهى فى هذا التنظيم تتفاوت بين ثلاثة مذاهب.

مذهب الاثبات المطلق أو الحر، حيث يمكن إثبات الحق بأى وسيلة، ويكون للقاضى سلطة واسعة فى الوصول إلى الحقيقة بأى طريقة يراها مؤدية إلى إقناعه دون أن يتقيد بطريقة معينة كالكتابة أو غيرها، فالقاضى يلعب دوراً إيجابياً فى تسيير الدعوى وتكوين الأدلة التى يصل بها إلى الحقيقة.

مذهب الاثبات المقيد أو القانونى، ويتقيد فيه القاضى بطرق الاثبات التى يفرضها عليه القانون. فالقانون يحدد الطريقة التى يتم بها إثبات الحق، ولا يجوز للخصم إثبات الحق الذى يدعيه بأى طريقة أخرى، وعلى القاضى أن يلتزم بهذه الطرق وبالقيمة التى يعطيها القانون لكل دليل من أدلة الاثبات. ويكون دور القاضى سلبياً بحتاً.

المذهب المختلط، ويوفق بين المذهبين السابقين، حيث يجمع بين مزاياهما ويتلافى ما فيهما من عيوب.

فالاثبات الحر وإن كان يفسح المجال أمام القاضى للوصول إلى الحقيقة إلا أن تلك الحرية الواسعة قد لا تخلو من التحكم والخطأ والاختلاف فى التقدير مما يزعزع الثقة فى المعاملات.

أما الاثبات المقيد فهو يؤدى إلى الاستقرار والثقة فى المعاملات والمساواة بين المتقاضين، إلا أنه يجعل القاضى كالآلة لانعدام سلطته التقديرية.

موقف القانون المصرى من مذاهب الاثبات:

أخذ القانون المصرى كغالبية قوانين العالم بالمذهب المختلط فى

الاثبات، فسلطة القاضى التقديرية وحرية الخصوم فى الاثبات تتفاوت من مسألة لأخرى، ففى المسائل الجنائية يتمتع القاضى بحرية واسعة فى تقدير الأدلة والوقائع، إلا أنه في المسائل المدنية يكون مقيداً بطرق محددة لا يتم الإثبات إلا من خلالها مع تمتعه بقدر من المرونة التى تمكنه من تسيير الخصومة وتقدير الأدلة بهدف الوصول إلى الحقيقة.

أما فى المواد التجارية، فالاثبات يكون فى الأصل حراً نظراً للسرعة التى تقتضيها المعاملات التجارية وما تنطوى عليه من ثقة وإئتمان، إلا أن هناك بعض الحالات التى يقيد فيها المشرع الاثبات فى هذه المسائل بقيود معينة.

حياد القاضى لا يتعارض مع دوره الايجابى فى الخصومة:

من الطبيعى أن يقف القاضى موقفًا محايداً فى النزاع المعروض عليه، فهو لا يتحيز لأحد الخصوم، بل يفصل فى الطلبات التى يقدمها أطراف الدعوى على ضوء الأدلة التى يتقدمون بها لاثبات هذه الطلبات والحقوق المتنازع عليها.

فالقاضى لا يساهم فى جمع الأدلة، بل يكتفى بتقدير ما يقدمه إليه الأطراف. ولا يجوز له أن يحكم بناءاً على معلوماته الشخصية أى تلك التى تصل إلى علمه، بصدد وقائع الدعوى ومدى صحتها و ثبوتها، من غير الطريق المقرر والمرسوم لنظر القضايا. كما لو كان قد شاهد حادثة رفعت بشأنها أمامه دعوى تعويض. فاذا قضى بعلمه فإن ذلك يؤثر على تقديره للوقائع لأنه يكون بمثابة شاهد لا قاض، أضف إلى ذلك أن علمه هنا سيكون بمثابة دليل فى القضية وللخصوم حق مناقشة هذا الدليل مما يجعل من القاضى خصمًا وقاضيًا فى نفس الوقت وهذا لايجوز.

وإذا تبين للقاضى أن معلوماته الشخصية سوف تؤثر فى حكمه، وإستشعر الحرج من نظر الدعوى وجب عليه أن يتنحى عن نظرها.

أما المعلومات العامة المستقاة من خبرة القاضى بالشئون العامة المفروض المام الكافة بها فلا تعد من قبيل المعلومات الشخصية المحظور على القاضى أن يبنى حكمه عليها. فلا يعتبر من قبيل القضاء بالعلم الشخصى قضاء القاضى بأن وقوع الحادث فى منتصف الشهر العربى قرينة على أن القمر فى مثل هذه الليلة يكون فى العادة ساطعًا وذلك فى سبيل التدليل على إمكان الرؤية، وبأن العرف قد جرى فى الريف على حدوث منازعات بين الجيران بسبب التنازع على مياه الرى، وإنتشار عادة الثأر بين أهالي الصعيد.

ولا يعتبر من قبيل المعلومات الشخصية ما يحصل عليه القضاء من معلومات فى مجلس القضاء، وذلك مثل النتيجة التى يستخلصها القاضى عقلاً ومنطقًا من أقوال شاهدى الاثبات اللذين شهدا بأن المتهم كان يطلق النار بعد الحادث معلنًا فرحه للأخذ بثأر والده وأن الزغاريد كانت تنطلق من منزله تعبيراً عن مشاعر الفرح بهذه المناسبة.

إلا أنه لا يجوز القضاء فى المسائل الفنية بعلم القاضى بل يجب الرجوع إلى أهل الخبرة، أما قول المحكمة بأن الضرب على قمة الرأس يمكن حدوثه من ضارب يقف أمام المجنى عليه أو خلفه فلا يحتاج إلى خبرة بل مجرد إستنتاج منطقي.

ومبدأ حياد القاضى على النحو السابق لا يعنى إتخاذه موقفًا سلبيًا فى النزاع المعروض عليه، بل إن القانون قد خول القاضى سلطات واسعة يؤدى بمقتضاها دوراً إيجابيًا فى تقدير الأدلة وإستكمالها حتى يتمكن من الوصول إلى الحقيقة. فالقاضى يعتبر حراً فى تقدير أدلة الخصوم وله أن يقرر من تلقاء نفسه إتخاذ إى إجراء من إجراءات الاثبات يراه لازمًا للكشف على الحقيقة، فله أن يسجوب الخصوم، وأن يوجه اليمين من تلقاء نفسه وأن ينتقل لمعاينة الشيئ المتنازع فيه وأن ينتدب خبيراً عند الاقتضاء لتبصرته بالجوانب الفنية وطبيعة الأمور.

محل الاثبات:

١- يرد الاثبات على الوقائع القانونية: لا يرد الاثبات على الحق المطالب به، وإنما يرد على مصدر هذا الحق، أى على الواقعة القانونية التى تربت عليها هذا الحق، فمن يطالب شخص بدين، عليه أن يثبت العقد أو الفعل الضار مصدر هذا الدين، إذ ينبغى إقامة الدليل على كل واقعة قانونية يدعى بها، متى توزعت هذه الواقعة أو أنكرت صحتها، فالجوهرى فى هذا الصدد هو أن الاثبات يرد على الواقعة القانونية ذاتها، بوصفها مصدراً للحق أو الالتزام، دون هذا الالتزام أو ذلك الحق.

٢- لا يرد الاثبات على القاعدة القانونية: إذا كانت الواقعة القانونية هى مصدر الحق، فإن القانون أى القاعدة القانونية هى التى تقرر ذلك.

والواقعة القانونية إما أن تكون واقعة مادية كالوفاة والفعل الضار وما يترتب عليهما من حق فى الميراث وحق فى التعويض، وإما أن تكون تصرفًا قانونيًا كالبيع والايجار والوصية.

والحكم الذى يصدره القاضى هو تطبيق القانون على الواقع الذى يثبته الخصوم أمامه، فالاثبات لا يرد إلا على الوقائع والظروف التى يوجد فيها الشخص والتى تبيح تطبيق القاعدة القانونية. فاذا أثبت المدعى الواقعة القانونية التى تعتبر مصدراً لحقه فإن القاضى يحكم له دون أن يكلفه باثبات القاعدة القانونية التى تقرر هذا الحق. فالقاعدة القانونية واجبة التطبيق ليست محلا للاثبات لأن القاضى ينبغى عليه أن يعلم بها وعليه وحده أن يبحث عنها. ولا ينفى هذا مكنة قيام الخصوم بتفسير القاعدة القانونية على النحو الذى يتفق ومصلحتهم فى الدعوى.

إلا أنه استثناءً من ذلك فانه على الخصوم إثبات القاعدة القانونية إذا ما إتخذت صورة عادة إتفاقية، وعلى من يستند إليها أن يقوم باثباتها. وكذلك الحال إذا كانت القاعدة القانونية واجبة التطبيق هى قاعدة قانون أجنبى تقضى قواعد الاسناد بتطبيقها، فانها تأخذ حكم الواقعة القانونية وينبغى على الخصوم إقامة الدليل عليها.

الشروط الواجب توافرها فى الوقائع المراد إثباتها:

لكل خصم الحق فى إثبات الواقعة القانونية التى تكون أساسًا للحق المتنازع عليه، إلا أنه ليس معنى ذلك إمكان إثبات أية واقعة، إذ لابد من توافر شروط ثلاثة فى الواقعة المراد إثباتها، وتتبلور تلك الشروط فى نص المادة الثانية من قانون الاثبات، إذ تنص على أنه «يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى أو منتجة فيها، وجائزاً قبولها».

١- يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى، إذ ينبغى أن تكون الواقعة المراد إثباتها ذات صلة بالحق المتنازع فيه لكى يؤثر ثبوتها فى الفصل فى الدعوى، أما إذا كانت مقطوعة الصلة بموضوع الدعوى فلا جدوى من وراء هذا الاثبات حرصًا على وقت القضاء. فاذا طالبك شخص بدين، فلا يقبل منك إثبات قيامك بدفع دين آخر لا علاقة له بالدين موضوع الدعوى.

٢- يجب أن تكون الواقعة منتجة فى الاثبات، أى ينبغى أن تكون الواقعة مفيدة فى الدعوى، بمعنى أن إثباتها يؤدى إلى إقناع القاضى بأحقية الطلب المتنازع عليه، ولا تكون الواقعة منتجة إلا إذا كانت متعلقة بالدعوى. وتقدير ذلك يعتبر من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع.

والاثبات لا يكون مجديًا إلا إذا كانت الواقعة متنازع فيها، أما إذا كان هناك تسليم وإعتراف بالواقعة فإنه لا يكون هناك محل لاثباتها.

٣- يجب أن تكون الواقعة جائزة الاثبات قانونًا، والواقعة التى لا يجوز إثباتها عقلا أو قانونًا لا يمكن أن تكون محلاً للاثبات. فالواقعة قد تكون مستحيلة، مما لا يتصور معه محاولة إثباتها كمن يدعى بنوته لشخص أصغر منه فى السن. وكذلك الحال بالنسبة للواقعة المطلقة غير المحددة، إذ لا يجوز أن تكون محلا للاثبات، كمن يريد أن يثبت أنه لم يكن مدينا لأى شخص فى أى وقت.

ومن جهة أخرى فإن القانون قد يمنع اثبات الواقعة وذلك لأسباب تتعلق بالنظام العام أو الأداب، فلا يقبل إثبات دين قمار أو علاقة جنسية غير مشروعة أو صفقة مخدرات.

عبء الاثبات:

لا شك أن القضاء بحق من الحقوق، يستلزم إقامة الدليل عليه من قبل من يطالب به أمام القضاء. فحتى يستطيع القاضى الفصل فى موضوع الدعوى المتنازع عليه، لابد له من أدلة كافية، وإثبات مؤكد.

ومن ثم فإن الاثبات يحتل من الناحية العملية أهمية بالغة، وتزداد تلك الأهمية خطورة بصدد تحديد من يقع عليه عبء الاثبات، فكثير من الأفراد يخسرون دعواهم - رغم كونهم فى الواقع أصحاب حق - بسبب عجزهم عن اقامة الدليل أمام القضاء على وجود هذا الحق المطالب به.

ويقع عبء الاثبات - كقاعدة عامة على عاتق المدعى. فعلى الخصم إثبات ما يدعيه ولخصمه أن ينفيه. **والمدعى هو من يدعى خلاف الوضع الثابت أصلاً أو عرضًا أو ظاهراً.**

فالدائن يقع عليه عبء إثبات الدين أو الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه (بوفائه مثلا). إذ الاصل هو براءة الذمة، ومن ثم فإن من يدعى أنه دائن لشخص آخر، يكون عليه إثبات إدعائه.

ومن يدعى خلاف الوضع الظاهر يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه، فمن حاز منزلا يكون الظاهر أنه هو مالكه، فاذا إدعى شخص آحر ملكية هذا المنزل كان مدعيًا خلاف الوضع الظاهر، ووجب عليه إقامة الدليل على صحة دعواه، فإن عجز رفضت الدعوى.

والأصل فى العقود أنها حقيقية وصحيحة، فاذا إدعى أحد المتعاقدين أن العقد صورى أو باطل، كان عليه عبء إثبات ذلك.

وقد يكون الثابت فرضًا، وهنا يلزم على المدعى إثبات العكس ويبدو هذا بصدد القرائن القانونية. إذ قد يتدخل المشرع ليضع قرينة بصدد بعض الوقائع التى يصعب إثباتها، فوجود هذه القرينة يكون فى صالح المدعى - مما يعفيه من إقامة الدليل مؤقتًا. مثال ذلك من أن الوفاء بقسط من الأجرة يعد قرينة على الوفاء بالاقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك. وتبنى هذه القرينة على المألوف من أن المؤجر لا يعطى إيصالاً بقسط لاحق إلا إذا كان قد إستوفى ما قبله من أقساط.

وكذلك الحكم بالنسبة لمسئولية حارس الحيوان وحارس الآلات الميكانيكية، الخطأ مفترض فى جانب هؤلاء، ولا يكلف المضرور باثبات التقصير، إذ القانون يعفيه من هذا الاثبات، بافتراض التقصير من جانبهم فى القيام بواجب الحراسة.

مبدأ المجابهة بالدليل:

من المبادئ الأساسية فى الاثبات أن لكل خصم الحق فى إثبات ما يدعيه أمام القضاء بالطرق التى يبينها القانون، وكل دليل يتقدم به

المدعى لاثبات دعواه، يكون للخصم الآخر الحق فى نقضه ونفيه. فمقابل حق المدعى فى إثبات ما يدعيه، يقوم حق المدعي عليه فى تنفيذ هذا الدليل وإثبات عكسه وهذا ما يطلق عليه مبدأ المجابهة بالدليل.

لذلك فكل ما يقدم من أدلة فى الدعوى ينبغى أن يعرض على الخصم الاخر لمناقشته وتفنيده، اذ يجب أن يعلم الخصم بكل دليل يقدم ضده ليتسنى له الرد عليه. فالاذن لأحد الخصوم باثبات واقعه بشهادة الشهود يقتضى دائما أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق.

ومن أجل ذلك كان من المقرر أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه، فالقاضى لا يمكن أن يقض لشخص بناءًا على مجرد أقوال أو إدعاءات أو أوراق أو مذكرات صادرة منه.

إلا إن هذا المبدأ له إستثناء فى المواد التجارية، حيث تصلح البيانات المثبتة فى دفاتر التجار عما وردوه إلى عملائهم كدليل لصالحهم، ولو أنه دليل ناقص يجوز للقاضى أن يكمله بتوجيه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين، وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة. ويجيز القانون التجارى قبول الاثبات بالدفاتر التجارية فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية الشروط المقررة قانونًا.

ومن ناحية، فإنه لا يمكن إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه، فإذا كان لدى أحد الخصوم دليلاً يفيد خصمه فلا يجوز إجباره على تقديم هذا الدليل، لأن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم سند يملكه ولا يريد تقديمه فى الدعوى.

إلا أن هناك بعض الاستثناءات يقدرها القاضى مثل جواز مطالبة الخصم بتقديم أى محرر منتج فى الدعوى إذا كان القانون يجيز ذلك أو كان مشتركًا بينه وبين خصمه أو كان قد سبق له تقديمه فى الدعوى.

ويجيز قانون التجارة الزام التاجر باطلاع خصمه على دفاتره فى مواد الأموال المشاعة أو مواد التركات وقسمة الشركات فى حالة الافلاس، وللمحكمة الحق فى أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره إليها لتطلع هى عليها فى الجزء الذى وردت فيه البيانات المتعلقة بالخصومة لتكون رأيها فيها من واقع تلك البيانات.

وبهذا نكون قد انتهينا من عرض المبادئ العامة فى الاثبات وننتقل إلى دراسة طرق الاثبات. وقد إهتم المشرع بتحديد وتنظيم تلك الطرق، فالخصم إذا أراد إثبات إدعاءه عليه كقاعدة عامة إتباع طرق الاثبات التى رسمها القانون.

وقد أورد قانون الاثبات سبعة طرق للاثبات مرتبة على النحو التالى الكتابة، شهادة الشهود، القرائن وحجية الامر المقضى، الاقرار، وإستجواب الخصوم، اليمين، المعاينة، الخبرة.

ونتناول تلك الطرق بايجاز فى المباحث التالية.

المبحث الثانى

الكتابـة

أدى تطور الحياة الاقتصادية بالاضافة إلى تشعب وإتساع الحياة المعاصرة الى إحتلال الكتابة المرتبة الأولى بين أدلة الاثبات فى العصر الحديث.

وتلزم الكتابة كقاعدة عامة لاثبات التصرفات القانونية دون الوقائع المادية التى يجوز إثباتها بكافة الطرق، إلا أن الكتابة ليست لازمة لاثبات جميع التصرفات القانونية، فالقانون قد إستلزمها فى حالات معينة:

- فى غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على مبلغ معين أو كان غير محدد القيمة.
- إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى، فتكذيب المكتوب لا يكون إلا بمكتوب آخر.
- حالات أخرى نص عليها القانون صراحة مثل عقد الصلح وعقد الكفالة وعقد الشركة.

وتنقسم الاوراق والمحررات التى تستخدم كاداة للاثبات الى قسمين: محررات رسمية، وهى التى يقوم بتحريرها موظف عام مختص وذلك طبقًا للأوضاع القانونية، ومحررات عرفية، وهى التى يقوم الأفراد بتحريرها فيما بينهم، وتختلف قيمة كل من النوعين عن الآخر فى الاثبات.

ونعرض على التوالى للمحررات الرسمية، ثم المحررات العرفية.

المطلب الأول
الاوراق الرسمية

مفهوم المحرر الرسمي:

المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن. وذلك طبقا للأوضاع القانونية، وفي حدود سلطته وإختصاصاته. أي أن هناك ثلاثة شروط حتى تكون بصدد محرر رسمي:

١- صدور المحرر من موظف عام أو عن شخص مكلف بخدمة عامة، أي أن يكون الشخص الذي صدر منه المحرر ممن تعينهم الدولة للقيام بعمل من أعمالها، سواء أكان بأجر أو بدون أجر، كالعمدة والخبير، والمأذون ورجل الدين المكلف بتحرير عقود الزواج الخاصة بغير المسلمين من المصريين.

٢- أن يكون تحرير الورقة من إختصاص الموظف أو الشخص من حيث الموضوع، ومن حيث الزمان، ومن حيث المكان. فالموظف المعزول أو الموقوف لا يكون مختصًا، وكذلك الموظف الذي يعمل خارج دائرة إختصاصاته.

٣- يجب أن يتم تحرير الورقة الرسمية طبقًا للاوضاع التي قررها المشرع، مثال ذلك ما يشترطه القانون عند توثيق المحررات بمكاتب التوثيق، من ضرورة أن يكون المحرر مكتوبًا باللغة العربية وبخط واضح دون إضافة أو تحشير أو كشط وأن يشتمل على التاريخ واسم الموثق ومكان التوثيق.

فاذا تخلف شرط من الشرط السابقة فقدت الورقة صفة المحرر الرسمي. وليس معنى ذلك أن الورقة تفقد كل قيمة، بل يكون لها قيمة الورقة العرفية في الاثبات بشرط أن تكون موقعة من ذوي الشأن.

حجية المحرر الرسمي فى الاثبات:

«المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته، أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره، ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونًا».

إذا توافرت الشروط السابقة فى المحرر وكان مظهره الخارجى دالاً على رسميته، أعتبر حجة بصحة ما دون فيه من بيانات، وتلك الحجية لا تكون على ذوى الشأن فقط بل بالنسبة للغير كذلك. ويعتبر المحرر الرسمى حجة بذاته، دون حاجة إلى الاقرار به، على نقيض المحرر العرفى الذى لا يعتبر حجة بما فيه إلا إذا لم ينكره من نسب إليه، فاذا انكره، كان على من يتمسك به أن يقيم الدليل على صحته.

أما إن كان المظهر الخارجي للمحرر لا يدل على رسميته كأن يكون به عيب مادى كشط أو محو أو تحشير، كان للمحكمة أن تسقط قيمة المحرر أو أن تنقصها من تلقاء نفسها أو أن تدعو الموظف الذى حرره ليبدى ما يوضح حقيقة الأمر فيه.

ويجب أن نفرق فى المحرر الرسمى بين نوعين من البيانات، بيانات وقعت من الموظف الرسمى فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره وذلك كتاريخ العقد ومكان توقيعه ودفع الثمن إن تم ذلك أمامه وتوقيع الأطراف. فهذا النوع من البيانات تثبت له صفة الرسمية ولا يجوز نقضه إلا عن طريق الطعن بالتزوير.

أما النوع الثانى من البيانات فهو ما يثبته الموظف من بيانات على لسان أصحاب الشأن، فهو يدونها تبعًا لاقراراتهم. كما لو أقر البائع أنه تسلم الثمن من المشترى فى وقت سابق. فمثل تلك البيانات تعتبر صحيحة إلى أن يثبت صاحب المصلحة عكس ذلك بطرق الاثبات العادية دون حاجة إلى سلوك طريق الطعن بالتزوير.

صور المحررات الرسمية:

ينص قانون التوثيق على أن يحفظ أصل الورقة الرسمية فى مكاتب التوثيق وأن تعطى لذوى الشأن صور منها. والفرق بين الأصل والصورة أن الأصل هو الذى يحمل التوقيعات، أما الصورة فلا تحمل توقيعات وإنما هى منقولة عن الأصل بواسطة الموظف أو بصورة ضوئية. ويسوى القانون فى الحكم بين الصور الخطية والصور الضوئية. ولبيان حجية الصور نفرق بين حالة وجود أصل الورقة الرسمية وحالة ما إذا كان الاصل غير موجود.

أ- اذا كان اصل المحرر موجوداً فإن صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذى تكون فيه مطابقة للأصل. والقاعدة أن الصورة تكون مطابقة للأصل ما لم ينازع أحد الخصوم فى ذلك وفى هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل.

ب- اذا كان الأصل غير موجود ولا يوجد سوى صورة منه، فهنا نفرق بين حالات ثلاث:

١- بالنسبة للصور الرسمية الاصلية، أى تلك المأخوذة عن النسخة الأصلية مباشرة، فإن حجيتها تكون هى نفس حجية النسخة الأصلية متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل.

٢- اما إذا كانت الصورة الرسمية غير مأخوذة من الأصل وإنما من الصورة الأصلية الرسمية، فإنه يكون لها نفس الحجية التى للصورة الأصلية بشرط بقاء الصورة الأصلية حتى يمكن مراجعتها عليها إذا طلب أي من الطرفين ذلك.

٣- أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الاصلية فلا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس تبعًا للظروف.

المطلب الثانى
الأوراق العرفية

الاوراق العرفية هى تلك الصادرة من الأفراد ، دون أن يتدخل موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة فى تحريرها. وتنقسم المحررات العرفية إلى قسمين: تلك المعدة للاثبات، وهى موقعة ممن هى حجة عليه لذا تعتبر أدلة كاملة، وأخرى غير معدة للاثبات كدفاتر التجار والرسائل والاوراق المنزلية.

الفرع الأول
المحررات العرفية المعدة للاثبات

لا يشترط القانون شروطًا خاصة لهذا النوع من المحررات، إذ يكفى أن تكون مكتوبة بأى خط أو بأى طريقة أو لغة تدل على المعنى المقصود من المحرر وكل ما يشترطه القانون هو أن يكون المحرر العرفى موقعًا من الشخص المنسوب إليه. ويستوى أن يكون هذا التوقيع بالامضاء أو الختم أو البصمة.

حجية الورقة العرفية على من وقعها:

يعتبر المحرر العرفى صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة. والورقة العرفية حجة بما ورد فيها على صاحب التوقيع، فلا يملك التحلل من حجيتها إلا اذا أثبت هو كيفية وصول توقيعه الصحيح عليها.

وإذا إدعى من وقع الورقة أنه قد وقعها على بياض (كتوقيع شيك على بياض مع ترك ملء البيانات للدائن)، فانه يكون عليه عبء إثبات تسليم الورقة الموقعة على بياض وخيانة من تسلمها، ولا يجوز إثبات ذلك إلا بالكتابة، لأنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة.

فاذا أنكر الشخص توقيعه، يكون على من يتمسك بالورقة أن يقيم الدليل على صحة صدور المحرر ممن ينسب إليه عن طريق إجراءات تحقيق الخطوط.

حجية تاريخ المحرر العرفي:

تعتبر الورقة العرفية حجة على أطرافها، وتنصرف تلك الحجية إلى كافة بياناتها بما فى ذلك التاريخ، فلا يجوز لهؤلاء إثبات ما يخالفه إلا بالكتابة تطبيقًا للقواعد العامة فى الاثبات.

هذا بالنسبة للأطراف، أما بالنسبة للغير فإن حجية المحرر العرفى تثبت للبيانات المدونة به فيما عدا التاريخ الذى لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابتًا. وذلك منعًا للتلاعب والتواطؤ إضراراً بحقوق الغير عن طريق ذكر تاريخ غير صحيح فى الورقة، كما لو قدم البائع تاريخ البيع الثانى على البيع الأول مما يجعل المشترى الثانى كأنه هو الذى اشترى أولاً. ويثور التساؤل حول تحديد معنى الغير وكيفية ثبوت التاريخ؟

من هو الغير؟:

لا يقصد بالغير هنا كل شخص أجنبى عن التصرف المدون فى المحرر العرفى، إذ لن يحتج عليه بالتصرف، وإنما هو كل شخص يحتج عليه بالمحرر ويضار فى حق تلقاه من أحد طرفى المحرر، أو بموجب نص فى القانون.

وذلك كالخلف الخاص أى كل من تلقى من سلفه حقًا معينًا، كالمشترى الذي يعتبر خلفًا للبائع. ويعتبر من الغير كذلك الدائن الحاجز على مال من أموال مدينة، فإنه يصبح من الغير بالنسبة لتصرفات مدينة فى المال المحجوز. ويعد من الغير أيضًا دائنو المفلس، فاذا أشهر إفلاس التاجر فان دائنيه يصبحون من الغير بالنسبة لمعاملاته المدنية.

ويترتب على إعتبار هؤلاء من الغير أن تاريخ المحرر العرفى لا يكون حجة عليهم إلا اذا كان ثابتًا. ولكن يشترط أن يكون الغير حسن النية، فالمشترى الثانى الذى يعلم بالبيع الأول لا يكون حسن النية، ويجوز للمشترى الأول أن يحتج عليه بتاريخ البيع الأول ولو لم يكن ثابتًا.

كيف يثبت التاريخ؟:

يتم إثبات تاريخ المحرر العرفى فى مواجهة الغير بطرق مختلفة، لعل أهمها من يوم الوقائع الآتية:

١- قيد المحرر بالسجل المعد لذلك فى مكتب التوثيق.

٢- إثبات مضمون المحرر العرفى فى ورقة آخرى ثابتة التاريخ.

٣- التأشير على المحرر من موظف عام مختص مع ذكر تاريخ التأشير.

٤- وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله فى جسمه.

٥- وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه. ومن هذا القبيل أن ترسل الورقة بالبريد المسجل ويرد على الورقة ذاتها خاتم البريد بتاريخ معين.

ومن المسلم به أن طرق اثبات التاريخ السابقة لم ترد على سبيل الحصر وإنما جاءت على سبيل المثال، ومن ثم لمحكمة الموضوع أن تستخلصها من وقائع الدعوى بأسباب سائغة.

استثناء المخالصات من ضرورة اثبات التاريخ.

اذا كانت القاعدة أن المحرر العرفى لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان له تاريخ ثابت، إلا أن المشرع إستثنى من ذلك الحكم المخالصات. إذ يجوز للقاضى ألا يطبق تلك القاعدة على المخالصات حيث يدخل ذلك فى نطاق سلطته التقديرية. وعلى هذا اذا قدم المدين مخالصة تثبت وفاءه بالدين، فإنها تعتبر حجة على الدائن الحاجز رغم أنها غير ثابتة التاريخ.

الفرع الثانى

المحررات العرفية غير المعدة للاثبات

ذلك النوع من الأورق لا يكون عادة موقعًا عليه من ذوى الشأن لأنه غير معد أساسًا للاثبات، ولكن القانون يعطيه حجة معينة تتفاوت حسب الأحوال. وقد ذكر القانون اربعة أنواع من تلك المحررات.

١- الرسائل والبرقيات:

تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفى من حيث الاثبات ويجتمع فى الرسالة عادة الشرطان الجوهريان الواجب توافرهما فى الأوراق العرفية، وهما الخط والتوقيع. وإذا إعترف المرسل أن الرسالة الموقع عليها منه صادرة عنه، فإنها تكون حجة عليه إلا أن يثبت هو العكس بدليل كتابى.

وتعتبر الرسالة ملكا للمرسل إليه بمجرد تسلمها، ويجوز له الاحتجاج بها إلا إذا إشتملت على سر عائلى أو مهنى يمنع القانون إفشاءه، فهنا لا يجوز تقديمها إلا بأذن من المرسل.

والأصل أنه لا يملك غير المرسل والمرسل إليه الاستناد إلى الرسالة إلا باذن منهما. ولكن محكمة النقض تذهب إلى أن لكل من تتضمن

الرسالة دليلاً لصالحه أن يحتج بها على المرسل، متى كان قد حصل عليها بطريقة مشروعة.

أما بالنسبة للبرقيات فيكون لها كذلك قيمة المحرر العرفى ولكن بشرط أن يكون أصلها المودع فى مكتب التصدير موقعًا عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك. واذا تتم إعدام الأصل بعد انقضاء المدة المقررة لحفظه، فلا يعتد بالبرقية إلا على سبيل الاستئناس، وكذلك الحال إذا كان الاصل لا يحمل توقيع المرسل.

٢- دفاتر التجار:

يلزم القانون التجار بأن يمسكوا دفاتر معينة لقيد كل ما يتصل بتجارتهم، وذلك لتوضيح المركز المالي لكل منهم. ويجعل القانون لهذه الدفاتر حجة فى الاثبات على التاجر أو له فى بعض الاحيان.

دفاتر التاجر حجة عليه: تعتبر دفاتر التجار حجة عليهم، لأنها بمثابة إقرار صادر منهم نظراً لأن ما دون بها قد تم بواسطتهم. وتعتبر الدفاتر حجة على التاجر، سواء أكانت منتظمة أم غير منتظمة. ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد منها ما كان مناقضًا لدعواه، بل يجب الأخذ بها ككل أو تركها ككل .

وإذا كانت الدفاتر التجارية لا تعد حجة على غير التجار إلا أن لكل شخص ولو غير تاجر، أن يحتج بها سواء أكان الامر متعلقًا بنزاع تجارى أو مدنى.

وحجية الدفاتر التجارية أمر موكول لتقدير القاضى، وهو مطلق الخيار فى قبولها أو رفضها، وفقًا لما يتبين من عناصر الدعوى.

وتقضى محكمة النقض بأن الاستدلال بدفاتر التاجر ليس حقًا مقرراً للخصم، وإنما هو أمر جوازى للمحكمة. ويعد هذا تطبيقًا لقانون التجارة الذى يقضى بأنه يجوز للقضاء قبول الدفاتر التجارية لأجل الاثبات فى دعاوى التجارة المتعلقة بمواد تجارية.

دفاتر التاجر قد تكون حجة له: يمكن أن تكون الدفاتر التجارية سنداً للتاجر يستطيع الاحتجاج به فى مواجهة تاجر آخر. أجاز القانون للقضاء قبول تلك الدفاتر لأجل الاثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانونًا. وللقاضى فى هذه الحالة مطلق الحرية فى تقدير ذلك حسب ظروف الدعوى وعلى ضوء مقارنة دفاتر كل من التاجرين ومدى إنتظام كل منهما واستيفاءها الشروط المطلوبة.

إذا كان النزاع فى مواجهة غير تاجر أو متعلقًا بأعمال غير تجارية (نزاعًا مدنياً)، فإن التاجر لا يستطيع الاحتجاج بدفاتره ولكن القانون أجاز للقاضى على سبيل الاستثناء أن يستند إلى البيانات الواردة بهذه الدفاتر فيما يتعلق بما يورده التاجر لعملائه من بضائع على ألا تتجاوز قيمة البضاعة نصاب شهادة الشهود، ونظراً لأن حجية الدفاتر هنا تكون ناقصة، تعين على القاضى أن يكملها بتوجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين.

ويجوز فى جميع الأحوال إثبات عكس ما ورد بالدفاتر التجارية بجميع طرق الاثبات.

٣- الدفاتر والأوراق المنزلية:

وهى ما يقوم الناس بتدوينها فيما يتعلق بشئونهم الخاصة. ومن البديهى أن الدفاتر المنزلية (المذكرات والأجندات)، لا تكون حجة لصاحبها، إذ لا يجوز أن يصطنع الشخص دليلاً لنفسه. ولا تكون

الدفاتر والأوراق المنزلية حجة علي من صدرت منه إلا فى الحالتين الآتيتين:

١- اذا ذكر فيها صراحة أنه إستوفى دينًا.

٢- اذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقًا لمصلحته.

ويفترض في الأوراق المذكورة أنها غير موقعة ممن صدرت عنه وإلا أصبحت بمثابة أوراق عرفية لها دليل كامل فى الاثبات.

وكقاعدة عامة لا يوجد هناك ما يمنع القاضى من الاعتداد بالدفاتر والأوراق المنزلية باعتبارها قرائن أخرى أو عناصر أدلة أخرى سبق تقديمها وفقًا للقواعد العامة بشأن الاثبات بالقرائن. إلا أنه يمكن إثبات عكس القرينة المستمدة من هذه الأوراق بكافة طرق الاثبات. ويترك لقاضى الموضوع سلطة تقدير ذلك.

٤- التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين:

يقوم الدائن - فى بعض الأحيان - بالتأشير بالوفاء على سند الدين، وتختلف حجية هذا التأشير حسب ما اذا كان السند فى الدائن أم فى يد المدين.

١- **التأشير على سند فى يد الدائن:** إذا أشر الدائن على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين، كان ذلك حجة كاملة عليه بحصول الوفاء طالما أنه يحتفظ بالسند ولم يخرج من حيازته قط.

ولا يشترط القانون أى شرط شكلى فى مثل هذا التأشير، إذ لا يشترط ذكر التاريخ أو وجود التوقيع، ولا يهم مكان التأشير أو كيفيته. ولكن الدائن رغم ذلك له أن يثبت عكس هذه القرينة بكافة طرق الاثبات، أى أن الوفاء لم يتم رغم وجود التأشير.

٢- التأشير على سند أو مخالصة فى يد المدين: إذا أثبت الدائن بخطة دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين فى نسخة أصلية أخرى للسند، أو فى مخالصة، وكانت النسخة أو المخالصة فى يد المدين فإن ذلك يكون دليلاً على الوفاء.

ويشترط لقيام هذه القرينة أن يكون التأشير بخط الدائن على السند أو المخالصة الموجودة فى يد المدين، وألا يكون هناك أى محو أو شطب. ولكن الدائن يستطيع أن يثبت - رغم التأشير - بكافة طرق الاثبات أن المدين لم يقم بالوفاء.

ومن البديهى أن التساؤلات السابقة لا تثور إلا عندما نكون بصدد تأشير بالوفاء غير موقع من قبل الدائن، أما إن كان هناك توقيع، أعتبر ذلك حجة كاملة بحدوث الوفاء ولا يستطيع الدائن إثبات عكس ذلك إلا بالكتابة الموقعة من المدين بأن الوفاء لم يتم.

المبحث الثالث

شهادة الشهود (البينة)

الشهادة أو البينة هى إخبار الشخص أمام القضاء بواقعة حدثت من غيره، ويترتب عليها حق لغيره. والشهادة قد تكون مباشرة بأن يخبر الشخص بما وقع من الغير تحت سمعه وبصره، وقد تكون غير مباشرة، كأن يشهد الشخص بما سمع رواية عن الغير، وهذه لا تكون شهادة بالمعنى الدقيق، وإنما يكون للمحكمة سلطة التقدير والاستنارة بها من عدمه.

سلطة القاضى فى تقدير شهادة الشهود:

من المتفق عليه أن للقاضى سلطة واسعة فى تقدير شهادة الشهود، عكس الحال بالنسبة للأدلة الكتابية.

وقد إستقر قضاء محكمة النقض على أن قاضى الموضوع هو وحده صاحب الحق فى تقدير ما يقدم إليه فى الدعوى من بيانات. ولا تثريب على المحكمة إذا هى أطرحت شهادة الشهود فى التحقيق الذى أمرت به لعدم إقتناعها بصدق أقوالهم. ولا يتقيد القاضى بعدد الشهود ولا بصفاتهم الشخصية، فتقدير أقوال الشهود من إطلاقات قاضى الموضوع، والمرجع فى مدى إطمئنانه إلى أقوالهم هو وجدانه، ويستقل هو بذلك، ما دام لم يخرج عما تحتمله أقوالهم. وأن ترجيح شهادة على أخرى يعد من إطلاقات قاضى الموضوع، لا شأن فيه لغير ما يطمئن إليه وجدانه. ومن أجل هذا لا يلتزم القاضى ببيان سبب ترجيحه شهادة شاهد على آخر، ومن حقه أن يطرح ما لا يطمئن إليه من الأقوال، بشرط ألا يخرج بأقوال الشاهد عما يؤدي إليه مدلولها.

نطاق الاثبات بشهادة الشهود:

هناك نوعان من الحالات يجوز فيهما الاثبات بشهادة الشهود:

الأول: حالات يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود بحسب الاصل وهى:

١- الوقائع المادية.

٢- المعاملات التجارية.

٣- التصرفات المدنية التى لا تزيد قيمتها على نصاب معين.

الثانى: حالات يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود إستثناء، أى أنها حالات كان ينبغى الاثبات فيها بالكتابة، وهى:

١- وجود مبدأ ثبوت بالكتابة.

٢- وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابى.

٣- فقد السند الكتابى بسبب أجنبى لا يد للدائن فيه.

ونعرض لكل مجموعة من الحالات فى مطلب مستقل.

المطلب الأول

الحالات التى جوز فيها الاثبات بشهادة الشهود بحسب الأصل

١- الوقائع المادية:

اذا أمكن أحيانًا تطلب الكتابة لاثبات التصرفات القانونية نظراً لأن الارادة هى التى تتجه لاحداثها وما يترتب عليها من آثار، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للوقائع المادية التى يصعب تطلب إثباتها بطريقة معينة

نظراً لتعددها وطابعها غير الارادى من جهة، وصعوبة توقع آثارها من جهة أخرى.

لذلك فإن القاعدة أنه يجوز إثبات تلك الوقائع بكافة طرق الاثبات سواء أكانت وقائع طبيعية كالزلازل والحريق والجنون والموت، أو كانت أعمال مادية بفعل الإنسان كالفعل الضار أو الفعل النافع.

٢- المواد التجارية:

القاعدة العامة هى أن التصرفات القانونية التى تجاوز قيمتها مبلغًا معينًا، لا يجوز إثباتها بالشهادة بل يتعين إثباتها بالكتابة، ولكن القانون إستثنى من ذلك المواد التجارية، فأجاز الاثبات فيها بشهادة الشهود، أيًا كانت قيمة التصرف القانونى.

والسر فى إعطاء الحرية للاثبات بالشهادة فى المعاملات التجارية يرجع إلى ما تتسم به هذه المعاملات من طابع السرعة والسهولة وما تستلزمه من التيسير والبساطة.

والمعاملات التجارية هى تلك تتعلق بالأعمال التجارية بين التجار، أى أن تكون بصدد نزاع بين تجار وبصدد أعمال تجارية. أما اذا كان العمل مدنيًا بين تاجرين، أو تجاريًا بين غير تاجرين، فمن الواجب الاثبات بالكتابة فيما يجاوز النصاب المحدد أما إذا كان العمل مختلطًا فإن التاجر يلتزم بالكتابة فى اثبات دعواه ضد غير التاجر، إذا زادت قيمة التصرف على النصاب، وعلى العكس فان غير التاجر يستطيع أن يثبت دعواه ضد التاجر بالبينة أيًا كانت قيمة التصرف. وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز لمقاول بناء أن يثبت بالبينة على صاحب العمل المتعاقد معه أنه أذنه باجراء أعمال زائدة على المتفق عليه فى عقد المقاولة، لأن عمل المقاولة لا يعتبر تجاريًا بالنسبة إلى صاحب البناء حتى يباح للمقاول الاثبات بهذا الطريق.

وإستثناءاً من مبدأ حرية الاثبات بشهادة الشهود فى المواد التجارية، إستلزم القانون أن يكون الاثبات بالكتابة فى تلك المواد فى حالتين، أيًا كانت قيمة النزاع:

١- اذا وجد اتفاق بين التجار على أن تكون كل معاملاتهم بالكتابة، فمثل هذا الاتفاق يعتبر صحيحًا ويترتب عليه عدم جواز إثبات هذه المعاملات بشهادة الشهود أو بغير الكتابة.

٢- اذا نص القانون صراحة على وجوب الاثبات بالكتابة فى بعض المواد، وذلك كالأوراق التجارية وعقود الشركات وعقود بيع السفن وإيجارها والتأمين عليها وعقد النقل البحرى والقروض البحرية، ففى مثل هذه المعاملات يشترط القانون صراحة الاثبات بالكتابة، ولذلك لا يجوز الاثبات بشهادة الشهود فى هذا الشأن.

٣- التصرفات المدنية التى لا تزيد قيمتها على نصاب معين:

القاعدة العامة أنه بالنسبة للمعاملات المدنية يجوز الاثبات فيها بشهادة الشهود، ولكن القانون إستثنى ثلاث حالات يستلزم فيهم الاثبات بالكتابة هى:

(أ) اذا زادت قيمة التصرف القانونى المدنى على نصاب معين يحدده المشرع كخمسة آلاف جنيه مثلاً، أو كان غير محدد القيمة، كالالتزام بعدم البناء أو بعدم فتح محل تجارى. ويسهل تقدير قيمة التصرف إذا كان محله مبلغ من النقود أما إن كان شيئًا آخر، فإن القاضى يقدر قيمته وقت صدوره أى وقت إبرامه بغض النظر عما يطرأ عليه من زيادة أو نقص بعد ذلك.

ولا يدخل فى التقدير ما يضاف إلى الأصل من ملحقات أو فوائد، وإذا كان المطلوب جزءاً من حق فالعبرة بقيمة الحق بأكمله، ولا يعتد بعد

رفع الدعوى بإنقاص قيمة الطلب القضائى لتيسير إثباته، فالعبرة بقيمة الطلب عند رفع الدعوى ولا يعتد بالتعديل اللاحق.

(ب) لا يجوز إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة، أو ما يجاوزه إلا بالكتابة حتى لو كانت قيمته أقل من النصاب، فنقض الكتابة لا يجوز إلا بالكتابة.

جـ- الحالات التى يتطلب فيها القانون صراحة الاثبات بالكتابة بغض النظر عن قيمة التصرف كما هو الحال بالنسبة لعقد الكفالة وعقد الصلح وعقد التحكيم.

المطلب الثانى

الحالات التى يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود إستثناء

وهذه الحالات يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهود على سبيل الاستثناء لأنه بحسب الأصل يجب الاثبات فيها بالكتابة، وتلك الحالات هى:

١- وجود مبدأ ثبوت بالكتابة:

«يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة. وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة». يشترط إذن لوجود مبدأ ثبوت بالكتابة، الذي يجيز قبول البينة بدلاً من الكتابة الشروط الثلاثة الآتية:

(أ) أن توجد كتابة، ولا يشترط فيها أى شكل خاص، فقد تكون فى صورة سند أو دفاتر تجارية أو مراسلات أو فاتورة أو إيصال،

ويمكن أن نكون بصدد أوراق متفرقة وليس ورقة واحدة. فأى كتابة تصلح لأن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة.

ب- أن تكون هذه الكتابة صادرة من الخصم الذى يحتج عليه بها، فهي قد تكون بخطة وقد لا تكون بخطة بل باملائه أو طلبه أو صدرت عن وكيله أو من وليه أو وصيه، ففى هذه الحالات تعتبر الكتابة صادرة من الخصم طالما أنها كانت باذنه وفى حدود الوكالة. يكفى إذن أن تصدر الورقة من الخصم أو ممن يمثله قانونًا. ولكن لا يحتج بالكتابة الصادرة من أحد الزوجين على الآخر أو بين الأب وابنه.

ويلاحظ أننا نكون بصدد كتابة أو مجرد توقيع، أما اذا كنا بصدد كتابة موقعة من الخصم فإننا لا نحتاج لمبدأ الثبوت بالكتابة لأننا نكون بصدد محرر عرفى أى دليل كتابى كامل.

(جـ) أن تجعل هذه الكتابة الأمر المدعى به قريب الاحتمال، أى أن يكون من شأن الورقة ترجيح حدوث الواقعة المراد إثباتها مما يجعلها دليلاً كتابيًا ناقصًا يمكن تكملته بشهادة الشهود، كما هو الحال بالنسبة للمحرر الرسمى الذى شابه عيب فى الشكل أو المحرر العرفى المكتوب بخط المدين دون توقيع منه، أو مجرد خطاب أو رسالة بين الاطراف.

وتقدير قرب الاحتمال أمر متروك للقاضى، فله سلطة تقديرية كاملة فى إعتبار أن الورقة تجعل الأمر المدعى به قريب الاحتمال أو لا تجعله، فإن إقتنعت المحكمة بأن ورقة ما تعد مبدأ ثبوت بالكتابة فإن لها أن تكمل إقتناعها فى الدعوى بما فيها من أدلة وقرائن.

فوجود مبدأ ثبوت بالكتابة نتيجة توافر الشروط الثلاثة السابقة، يؤدى إلى جواز الاثبات بشهادة الشهود أو بأية أدلة أخرى تكميلية،

وذلك فى الحالات التى يتطلب القانون الاثبات فيها بالكتابة أصلاً وذلك لأن المشرع إعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة اذا أيدته الشهادة مساويًا للكتابة الكاملة.

٢- المانع من الحصول على دليل كتابي:

يجوز كذلك الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابى إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى، فهذا النص يعفى الشخص من الكتابة ويجيز له الاثبات بالبينة اذا ما وجدت ظروف تمنعه من الحصول على الدليل الكتابى. والواقع أن وجوب الاثبات بالكتابة يفترض إمكان الحصول على الدليل الكتابى، فاذا حالت ظروف خاصة دون ذلك تحتم الاستثناء اذا لا قبل لأحد بالمستحيل.

والبينة هنا لا تكمل الدليل الكتابى، بل تحل محله بعد أن إستحال تحصيله، والمانع من الحصول على الكتابة قد يكون ماديًا أو أدبيًا.

(أ) المانع المادى: يعتبر المانع ماديًا اذا نشأ التصرف فى ظروف لم يكن لدى ذوى الشأن فيها فسحة من الوقت أو وسيلة للحصول على دليل كتابى، ومن قبيل ذلك ما ينشأ من التصرفات عند الكوارث أو الحوادث المفاجئة أو النكبات أو الحرائق أو حوادث الغرق، كمن يضطر لايداع شيء عند شخص فى ظروف خطر داهم دون أن يكون لديه الوقت للحصول على كتابة من المودع لديه، وكمن يقرض صديقًا مبلغًا يزيد على النصاب فى المطار قبيل قيام الطائرة، إذ لا يتسع الوقت للحصول على دليل كتابى.

(ب) المانع الأدبى: لا يرجع المانع هنا إلى ظروف مادية بل إلى ظروف نفسية يوجد فيها الشخص وقت إنعقاد التصرف مما يمنعه من

الحصول على دليل كتابى، وتختلف التطبيقات القضائية فى هذا الشأن باختلاف ما يتواضع عليه الناس من الناحيتين الخلقية والاجتماعية فى البلاد، ومن أمثلة ذلك صلة القرابة الوثيقة ومركز الطبيب، إذ يمتنع عليه أدبيًا أن يطالب بدليل كتابى، وصلة العميل بالحائك وفقًا للعرف الجارى، وطبيعة التعاقد فى المطاعم والأسواق وإجارة الخدم.

ومن المقرر أن للقاضى سلطة تقدير ما اذا كانت الظروف التى إنعقد فيها التصرف تحول دون الحصول على سند كتابى أم لا. وقد تعد الزوجية أو القرابة أو علاقة التبعية مانعًا أدبيًا يحول دون التمسك باعداد دليل كتابى فيما يتم بين الأطراف من تصرفات قانونية. فتقدير المانع الأدبى من الحصول على دليل كتابى يعد من المسائل التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع بغير معقب متى كان ذلك مبنيًا على أسباب سائغة لها ما يبررها.

٣- فقد السند الكتابى:

يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه. ويشترط لقيام هذا الاستثناء شرطان:

(أ) سبق وجود سند كتابى، إذ على من يتمسك بهذا السند أن يثبت أن هذا السند كان موجوداً وأنه كان دليلاً كاملاً مستوفيًا كل الشروط القانونية، ولا يكفى إثبات أن السند المفقود كان مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة، ويجب كذلك إثبات مضمون السند، ويمكن إثبات كل ذلك بكافة طرق الاثبات.

(ب) فقد السند بسبب أجنبى، على من يتمسك بالسند أن يثبت ضياعه بسبب أجنبى لا يد له فيه. ومؤدى هذا أن يكون الفقد راجعًا إلى حادث جبرى أو قوة قاهرة كحريق أو زلزال، ويمكن أن

يكون الفقد راجعًا إلى فعل الغير أو فعل المدعى عليه، كما لو سرقه أو إنتزعه بالقوة.

ولكن لا يقبل أن يتمسك الدائن بأى سبب يرجع إلى فعله ولو كان مجرد إهمال أو تراخ أو توان. وترجع علة هذا الشرط إلى الرغبة فى إستبعاد صور الفقد بسبب يتصل بفعل مدعى الدليل كاعدام الورقة مثلا، لقطع السبيل على التواطؤ مع الشهود.

ولمحكمة الموضوع مطلق تقدير واقعة فقد السند بسبب أجنبى لا يد للخصم فيه، وذلك بعد التحقق من أن السند قد صدر وكان موجوداً بالفعل، مع جواز إثبات كل هذا بكافة طرق الاثبات.

المبحث الرابع

القرائن وحجية الامر المقضى

المطلب الأول

القرائن

القرائن هى النتائج التى يستخلصها القانون أو القاضى من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة، فهى إستخلاص أو إفتراض أمر مجهول من واقعة معلومة. والقرائن تعتبر أدلة إثبات غير مباشرة نظراً لقيامها على إستنتاج وقائع من وقائع أخرى.

والقرينة قد يكون منصوصًا عليها فى القانون، فتكون قرينة قانونية، وقد يستنبطها القاضى من ظروف القضية وملابساتها، فتكون قرينة قضائية.

أولاً: القرائن القضائية:

القرينة القضائية هى من عمل القاضى أساساً، إذ يختار واقعة ثابتة من بين وقائع الدعوى ثم يستنبط منها الدليل على الواقعة المراد إثباتها، فالدلائل والامارات الموجودة بالقضية تتيح للقاضى فرصة معرفة الأمر المجهول المراد إثباته. فواقعة الزوجية أو القرابة بين المتعاقدين قد تكون قرينة على العقد صورى. وواقعة وجود سند الدين فى يد المدين يمكن أن تكون قرينة على الوفاء.

ويتمتع القاضى بسلطة واسعة فى هذا الشأن فله حرية إختيار الوقائع والأدلة التى يستنبط منها الدليل، كما أن له سلطة واسعة كذلك فى إستنباط ما تحتمله الواقعة من دلالة، فهو حر فى تكوين إقتناعه. فالاثبات بالقرائن غير المقررة فى القانون يقوم على تفسير القاضى لما هو معلوم من الإمارات والوقائع تفسيراً عقليًا لتكوين إعتقاده، عن

طريق إستخلاص الواقعة المجهولة التى يود إقامة الدليل عليها من مقدمات هذا المعلوم. وللقاضى كل السلطة فى تقدير حجية القرائن، ولكن الاجماع قد إنعقد على أن القاضى لا يتقيد بعدد القرائن، ولا بتطابقها فقد تجزئ قرينة واحدة متى توافرت على قوة الإقناع.

ولكن لا يجوز الاثبات بالقرائن إلا فى الأحوال التى يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود. ويرد الاثبات بالقرائن مع الاثبات بالبينة فى المرتبة الثانية بعد الكتابة ويتفرع على ذلك أن جميع القواعد الخاصة بقبول الاثبات بالبينة تسرى على القرائن دون أى استثناء. ومن ثم فمجال إعمال القرائن القضائية هو نفس مجال البينة، أى أن ما يمكن إثباته بشهادة الشهود يمكن إثباته أيضًا بالقرائن القضائية.

ثانياً: القرائن القانونية:

إذا كانت القرينة القضائية من عمل القاضى، فالقرينة القانونية من عمل المشرع. فالمشرع يستنبط من واقعة ثابتة دلالة على أمر آخر مجهول يراد إثباته، فيقرر أنه متى تحققت واقعة فانه تثبت واقعة أخرى معينة تثبت بثبوتها لأن ذلك هو الغالب في العمل لوجود الارتباط بينهما. فالقرينة القانونية تغنى من تقررت لمصلحته على أى طريقة أخرى من طرق الاثبات، فهى تعفى من تقررت لمصلحته من عبء الاثبات، وكل ما على الشخص هو إثبات الواقعة التى تقوم عليها القرينة. ومثال ذلك القرينة الخاصة بالوفاء بالأجرة، إذ يعتبر الوفاء بقسط لاحق قرينة على الوفاء بالقسط السابق، حيث يعفى المستأجر من إثبات الوفاء بالقسط السابق، وكل ما عليه هو إثبات الوفاء بالقسط اللاحق.

وتبنى القرائن القانونية على عدة إعتبارات تتصل بالمصلحة العامة ومنع التحايل على القانون. ومثال ذلك إفتراض أن التصرف الصادر فى مرض الموت يعتبر أنه على سبيل التبرع ويأخذ حكم الوصية ويجب ألا

يزيد على ثلث التركة حفاظًا على حقوق الورثة. وقد تهدف القرائن إلى تخفيف عبء الاثبات على المدعى فى الحالات التى يتعذر فيها ذلك، وذلك كافتراض الخطأ فى جانب المكلف برقابة صبى أو حيوان اذا ما سببا ضرراً للغير. وقد تبنى القرينة أخيراً على المألوف والمتعارف عليه بين الناس.

من المقرر أن القرينة القانونية تعفى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات. على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك. فالخصم الذى تقوم القرينة لصالحه معفى عن إثبات الواقعة التى يستخلصها القانون من هذه القرينة.

ونظراً لأن القرينة تعتبر دليل إثبات يبنى على الاحتمال الغالب أو الراجح من الأمور، فإنه يمكن إثبات عكس ذلك، إذ أن الاحتمال يمكن ألا يطابق الواقع. وحرية الدفاع تقتضى كقاعدة عامة مكنة إثبات العكس. إلا أنه فى بعض الأحيان يقيم المشرع بعض القرائن التى لا تقبل إثبات العكس، وهذا يقودنا إلى الحديث عن تقسيم القرائن القانونية إلى قرائن بسيطة وأخرى قاطعة:

١- القرائن القانونية البسيطة: الأصل فى القرائن القانونية أنها بسيطة يمكن إثبات عكسها، والأمثلة عديدة على ذلك. فالقانون يقيم قرينة لصالح الدائن مقتضاها أن سبب الدين الذى يطالب به يعتبر مشروعًا ولو لم يذكر في العقد، وعلى المدين أن ينفي هذه القرينة باثبات العكس أى قيام سبب غير مشروع. وكذلك فى حالة ما إذا شب حريق فى منزل يسكنه عدة مستأجرون كان كل منهم مسئولاً عن الحريق بنسبة عن الجزء الذى يشغله، هذا ما لم يثبت أن النار قد إبتدأ شبوبها فى الجزء الذى يشغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسئولاً عن الحريق، فالمستأجر يعتبر مسئولاً إلا إذا أثبت أن الحريق قد بدأ عند مستأجر آخر.

٢- القرائن القانونية القاطعة: فى بعض الأحيان تكون القرينة قاطعة أى لا تقبل إثبات العكس. مثال ذلك مسئولية حارس الحيوان أو حارس الشىء، فمجرد وقوع الضرر يعتبر قرينة على خطأ الحارس، ولا يستطيع نفى هذا الخطأ لأن قرينته القانونية غير قابلة لاثبات العكس.

ويجب أن يكون هناك نص صريح على أن القرينة قاطعة أى غير قابلة لاثبات العكس. أما فى حالة عدم النص فإن القرينة تعتبر بسيطة. ورغم أن القرائن القانونية القاطعة لا تقبل إثبات العكس إلا أنه مع ذلك يمكن دحضها بالاقرار أو اليمين، ذلك أن القرينة تسقط باقرار يصدر من خصم من تقررت لصالحه أو بيمين توجه إلى هذا الخصم فينكل عنها.

وقد تكون القرينة القانونية الدافع إلى إنشاء قاعدة قانونية، مثل قاعدة كمال الأهلية عن بلوغ سن٢١سنة، حيث تبنى على الراجح ولا يجوز إثبات ما يخالفها.

المطلب الثانى
حجية الأمر المقضى

يقصد بحجية الأمر المقضي أن الأحكام التى صدرت من القضاء تعتبر حجة بما فصلت فيه، ذلك أن الحكم اذا ما صدر فى نزاع فإنه يعتبر مطابقًا للحقيقة حتى ولو لم يكن كذلك من حيث الواقع، وعلى هذا لا يجوز لأى من الأطراف أن يجدد النزاع مرة أخرى عن طريق دعوى مبتدأة، إلا أن ذلك لا يمنع من الطعن فى الحكم بالطرق المقررة قانونًا.

وتتعلق حجية الأمر المقضى بالنظام العام، أى أنه يمكن الدفع بالحجية بقصد عدم قبول الدعوى أو عدم سماعها لسبق الفصل فيها، وللمحكمة نفسها أن تقضى بهذه الحجية من تلقاء نفسها أى أن تحكم

بعدم قبول الدعوى أو بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها، ولا يجوز للخصوم التنازل عن التمسك بها، أى لا يكون لهم الاتفاق على إعادة طرح النزاع من جديد أمام المحكمة بدعوى مبتدأة.

ولكن - كما ذكرنا - فإن الحجية لا تمنع من الطعن فى الحكم بطرق الطعن التى نص عليها القانون، أى عرض النزاع على درجة أعلى من درجات التقاضى.

وأساس حجية الأمر المقضى يتصل بما يفرضه القانون من أن حكم القضاء عنوان الحقيقة رعاية لحسن سير العدالة وإتقاء لتأبيد المنازعات ضمانًا للاستقرار الاقتصادى والاجتماعى، وهى أغراض تتصل إتصالاً وثيقًا بالنظام العام، فهى تقوم على فكرة حسم النزاع ومنع تأبيده، ومنع تعارض الأحكام، وكذلك وجوب إحترام عمل القاضى، أى وجوب اعلاء كلمة الحق الصادرة من القضاء وإحاطتها بما يجب أن يكون لها من الاحترام والثقة.

حجية الأمر المقضى وقوة الأمر المقضى: حجية الأمر المقضى تكون لكل حكم موضوعى يفصل فى خصومة سواء كان هذا الحكم نهائيًا أو إبتدائيًا، حضورياً أو غيابيًا. أى أن يكون للحكم حجية فيما بين الخصوم وبالنسبة لذات الحق محلاً وسببًا. والحجية تثبت للحكم منذ صدوره حتى ولو كان قابلاً للطعن فيه بإحدى طرق الطعن العادية وهى المعارضة والاستئناف. وهو غير واجب النفاذ إلا بعد أن يصبح نهائيًا.

أما قوة الأمر المقضى فتكون للأحكام التى لا يمكن الطعن فيها بطرق الطعن العادية. أى أن الحكم الذى لا يجوز الطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف يعتبر حائزاً لقوة الأمر المقضى، ويعتبر واجب النفاذ حتى وإن كان هذا الحكم يقبل الطعن فيه بطريق غير عادى كالطعن بالنقض، وعلى هذا فإنه يمكن القول بأن كل حكم حائز لقوة الأمر المقضى يكون حائزاً لحجية الأمر المقضى أيضًا ولكن العكس ليس صحيحًا.

المبحث الخامس

الاقـــــرار

الاقرار هو إعتراف شخص بواقعة يترتب عليها تقرير حق لشخص آخر. ويعد الاقرار دليل إثبات غير عادى لأنه يعتبر تسليمًا بما يدعيه الخصم مما يعفيه من إقامة الدليل على ما يدعيه. والاقرار إما أن يصدر أمام القضاء أثناء نظر الدعوى فيكون الاقرار قضائيًا، وإما أن يصدر خارج مجلس القضاء فيسمى إقراراً غير قضائى.

الاقرار القضائى:

الاقرار هو إعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها أثناء سير الدعوى المتعلقة بها هذه الواقعة. وتعرفة محكمة النقض بأنه إعتراف خصم بالحق المدعى به في مجلس القضاء قاصداً بذلك إعفاءه من إقامة الدليل عليه. فهو شهادة من الخصم على نفسه لمصلحة خصمه بصحة واقعة قانونية.

الاقرار حجة قاطعة على المقر، ولا يتجزأ على صاحبه إلا إذا إنصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتمًا وجود الوقائع الأخرى، اذ يتعين على القاضى أن يأخذ به ويحكم بمقتضاه لأن الواقعة التى أقر بها فى غير حاجة إلى الاثبات، ويأخذ بها القاضى واقعة ثابتة بالنسبة للخصم الذى أقر بها. والاقرار لا تجوز تجزئته. فالمقر له أن يأخذه كله أو يتركه كله. فهو لا يستطيع أن يكتفى من الاقرار بالجزء الذى يفيده مع ترك الجزء الذى فى غير صالحه.

والقاعدة أنه لا يجوز أيضًا تجزئة الاقرار المركب لأن هناك ارتباط بين الواقعتين. أما إن كانت الواقعة المرتبطة لا تتطلب حتمًا وجود الواقعة الأولى فإنه يمكن تجزئة الاقرار، ويتحقق ذلك إذا كان موضوع الواقعة

المستجدة طلبا جديداً من جانب المقر أو إذا إنصب الاقرار على وقائع متعددة وكان وجود منها لا يستلزم حتمًا وجود الوقائع الأخرى. وذلك كاقرار حائز البضاعة بحيازته لها وأنها وصلت إليه عن طريق معين غير التهريب هو من الاقرارات المركبة التى يجوز تجزئتها والأخذ باقراره بحيازة البضاعة ونبذ ما يدعيه فى الشطر الآخر من إقراره عن وصولها إليه عن غير طريق التهرب ما دام الدليل قد أقيم على عدم صحة ما ادعاه المقر فى هذا الصدد. أما إقرار المدين بالمديونية ولكن مع وفاء هذا الدين فإنه إقراره لا يقبل التجزئة للارتباط بين الواقعتين.

الاقرار غير القضائى:

الاقرار غير القضائى هو ما يصدر خارج مجلس القضاء أو يصدر أمام القضاء ولكن فى خصومة أخرى لا تتعلق بموضوعه، وذلك كالاقرار الذى يصدر أمام جهة إدارية أو فى خطاب شخصى أو بصدد نزاع آخر غير المعروض.

ولا يشترط فى الاقرار غير القضائى أن يكون صادراً للمقر له، ما دامت نية المقر وقصده قد إتجها إلى أن يؤخذ باقراره، ويجوز إستخلاص الاقرار من أى دليل أو ورقة تكون مقدمة إلى جهة أخرى.

الاقرار غير القضائى يختلف عن الاقرار القضائى، فليس له نفس الحجية، بل يخضع للقواعد العامة فى الاثبات. فهو لا يلزم المقر بل يستطيع إثبات عكسه، ولا تجبر المحكمة على الأخذ به، بل يخضع لتقدير القاضى، له أن يأخذ منه دليلاً كاملاً أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة، ولا معقب على تقديره هذا متى كان سائغًا وله سنده من الأقوال.

المبحث السادس

اليمين

اليمين هى إشهاد الله على صحة ما يدعيه الحالف أو عدم صحة ما يدعيه الخصم الآخر. ويكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف «أحلف» ويذكر الصيغة التى أقرتها المحكمة. ولما كانت اليمين تحمل طابعًا دينيًا فانه يجوز لمن يكلف بحلفها أن يؤديها وفقا للأوضاع المقررة فى ديانته إذا طلب ذلك.

واليمين إما أن تكون قضائية تؤدى أمام القضاء، وإما غير قضائية تؤدى أو يتفق على تأديتها خارج مجلس القضاء. وهذه الأخيرة ليست لها أحكام خاصة بل تتبع فى شأنها القواعد العامة. فالاتفاق عليها لا يجوز إلا فى الأحوال التى يجوز إثباتها بالبينة والقرائن، أما حلف اليمين ذاتها فواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الاثبات لذلك فإن دراستنا تنصب على اليمين القضائية.

واليمين القضائية إما أن تكون حاسمة هى التى يوجهها أحد الخصوم إلى خصمه يحتكم بها إلى ضميره لحسم النزاع، وإما أن تكون متممة وهى التى يوجهها القاضى إلى أى من الخصمين لاستكمال الأدلة التى يقدمها هذا الخصم وتكوين إقتناعه حتى يفصل فى الحكم.

اليمين الحاسمة:

يلجأ أحد الخصوم إلى اليمين الحاسمة عندما لا يوجد لديه دليل على الحق الذى يطالب به، فهى ليست دليل إثبات بل هى طريق أخير يلجأ إليه من يعوزه الدليل لاثبات الواقعة التى يدعيها، فلم يعد أمامه سوى الإحتكام إلى ذمة خصمه وذلك بتوجيه اليمين الحاسمة إليه. وتسمى حاسمة لأنها تحسم النزاع، فإن حلفها الخصم خسر المدعى دعواه، وإن

نكل عنها كان هذا إقراراً ضمنيًا بالحق المطالب به وقضى به القاضي لخصمه.

يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، ولا يجوز توجيه اليمين إلا لمن كان خصمًا فى الدعوى، ولا توجه إلا إلى الخصم الآخر، فالأمر قاصر عليهما لأن الأمر يتعلق بذمة كل منهما الشخصية.

والقاضى لا يستطيع توجيه اليمين الحاسمة، إلا أنه يملك مراقبتها فله أن يمنع توجيهها إذا كان الخصم متعسفا فى ذلك، فللقاضى أن يقدر ملائمة توجيه اليمين وأن يرفض ذلك إذا قصد منها الكيد، أو إذا كانت الوقائع التى توجه بشأنها غير قريبة الاحتمال، أو سبق أن قام الدليل عليها بطرق أخرى من طرق الاثبات.

ويجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، على أنه لا يجوز الرد اذا انصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان، بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين. فاذا رد من وجهت إليه اليمين، بادئ ذى بدء، تلك اليمين على خصمه، أى طلب منه هو أن يحلفها فلا يكون أمام من ردت عليه اليمين إلا أن يحلف اليمين فيكسب الدعوى أو ينكل عنها فيخسر دعواه. ولكن لا يستطيع أن يردها ثانية على خصمه وإلا كانت حلقة مفرغة. ولكى يشترط لرد اليمين أن تكون الواقعة موضوع اليمين مشتركة بين الخصمين كواقعة قبض الثمن بين البائع والمشترى.

اليمين المتممة:

للقاضى أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين ليكمل بها إقتناعه اذا كانت الأدلة غير كافية، فهو يبنى عليها حكمه فى موضوع الدعوى أو فى قيمة ما يحكم به.

فاليمين المتممة كما يتضح من إسمها لا توجه إلا اذا كان هناك دليل ناقص ويريد القاضى تكملته، فهى لا توجه اذا لم يكن هناك دليل أصلاً، عكس اليمين الحاسمة التى تقوم وحدها كدليل يستبعد أى دليل آخر.

والقاضى هو الذى يملك حرية توجيه اليمين المتممة، وهو الذى يختار الخصم الذى يوجهها إليه، ولا يتقيد بطلب الخصوم بل يقدر ذلك على حسب ظروف الدعوى وملابساتها وأدلتها، وبحسب إقتناعه وبمقدار ما يطمئن إليه من أى الخصمين وما يعطيه له من ثقة فى حلف اليمين، ويمكن توجيهها فى أية مرحلة تكون عليها الدعوى وأمام الاستئناف.

تختلف آثار اليمين المتممة عن آثار اليمين الحاسمة إختلافا جوهريا:

- فهى لا تحسم النزاع بالضرورة ولا تحسمه لصالح من حلفها أو ضد من نكل عنها، فالقاضى هو الذى يقرر ذلك على ضوء إجمالى الأدلة المعروضة.

- ومن توجه إليه اليمين ليس أمامه إلا أن يحلفها أو ينكل عنها، ولكنه لا يستطيع ردها على خصمه لأن الذى يوجهها هو القاضى.

- وللقاضى أن يعدل عن توجيه اليمين المتممة فى أى وقت اذا ما ظهرت له أدلة جديدة فى الدعوى تكفى لتكوين إقتناعه.

المبحث السابع

المعاينة والخبرة

تعتبر كل من المعاينة والخبرة من طرق الاثبات المباشرة وذلك نظرا لاتصالهما إتصالاً ماديًا بالواقعة المراد إثباتها.

المعاينة:

للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة الشيئ المتنازع عليه أو أن تندب أحد قضاتها لذلك وتحرر المحكمة أو القاضى محضرا يبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة وإلا كان العمل باطلا. فطلب الانتقال إلى محل النزاع لمعاينته هو من الرخص القانونية لمحكمة الموضوع فلا عليها إن هى لم تستجب إلى ذلك متى وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لاقتناعها بالفصل فيها.

الخبرة:

حتى يستطيع القاضى الفصل فى الخصومات ذات الطابع الفنى أجاز له القانون الاستعانة بأهل الخبرة ويكون ذلك للاسترشاد بآرائهم. خول القانون المحكمة سلطة تقدير الاستعانة بالخبراء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم، فالقاضى هو الذى يقدر مدى لزوم ذلك.

وعلى الخبير أن يقدم تقريراً موقعا منه بنتيجة أعماله ورأيه والأوجه التى إستند إليها بإيجاز ودقة.

ولكن رأى الخبير لا يقيد المحكمة، فلها أن تأخذ بتقريره، متى إطمأنت إليه وإلى الأسس والأسباب التى قام عليها. ولها أيضا ألا تأخذ بتقريره، وتنتدب خبيراً آخر، وعندئذ لها أن تأخذ بأيهما، واذا أخذت بتقرير الخبير الأخير، فهى لا تلتزم بالرد بأسباب خاصة على ما ورد بالتقرير الأول.

المبحث الثامن

الإثبات الإلكترونى

(أ) تأثير التكنولوجيا المعاصرة فى الإثبات:

إن وسائل الإثبات وأساليبه جاءت وليدة الواقع العملى وتعبيراً عما تعارف عليه الناس فى معاملاتهم، ولم يفرضها المشرع عليهم بل إكتفى بتقريرها وتقنينها. وقد درج الناس على الكتابة التقليدية لإثبات تصرفاتهم لثقتهم فيها كوسيلة تتسم بالثبات ويصعب التلاعب بها أو تزويرها بطريقة خفية، حيث يسهل اكتشاف ذلك من خلال النظرة الظاهرة أو الفحص العلمى.

كشف التطور المعاصر عن ظهور شكل حديث للكتابة والمحررات والتوقيع، وهو الأسلوب الإلكترونى عبر الأحرف والأرقام والرموز والإشارات الضوئية وغيرها. إن تكنولوجيا المعلومات، بما تتسم به من مستوى فنى رفيع، أصبح لها مكانة هامة ومتزايدة فى مجال الإثبات، حيث يتم حفظ ومعالجة المعلومات والبيانات عبر المستندات والمحررات المعلوماتية مثل الشرائط الممغنطة وشرائط الڤيديو وشرائط وتسجيلات الحاسب الآلى والمصغرات الفلمية لمستخرجاته.

إهتزت الكتابة وطرق الإثبات التقليدية فى مجال المعاملات والتجارة الإلكترونية، حيث أصبح الضغط على «الفأرة» مفتاح تشغيل الحاسب وسيلة التعبير عن الإرادة فى العقود المبرمة عن بعد، وتجلت معالم التوثيق والكتابة والتوقيع الإلكترونى فى هذا المجال وأصبحت واقعًا ملموسًا أقرته التعديلات التشريعية فى النظم القانونية المعاصرة. ويتم إستخدام طرق التقنية العلمية الحديثة كوسيلة للإثبات، بدلاً من الكتابة، فى مجال المواد التجارية عامة والمعاملات البنكية بصفة خاصة، كالدفع الإلكترونى، وسحب الأموال بالبطاقات البنكية من

أجهزة التوزيع الآلى، ونقل الأموال من حاسب إلى آخر دون حاجة إلى أوراق موقعة.

إن التقدم العلمى والتقنى له تأثيره البارز على تطوير القواعد القانونية، حيث أصبح التواصل وتبادل الرسائل والصور بين أبناء الكرة الأرضية أمراً يسيراً عبر الزمان والمكان، من خلال التزاوج الذى تم بين المعلوماتية وأدوات الإتصال السلكية واللاسلكية والذى أثمر مولوداً عملاقًا وهو الإنترنت الذى حول الكرة الأرضية إلى قرية صغيرة، فتلاشت المسافات، وأصبح بوسع الإنسان رصد كل ما يجرى من أحداث على الأرض، والتجول عبر شبكة النت لإبرام الصفقات وشراء السلع والخدمات، وباتت الذبذات والشفرات والمفاتيح السرية والأرقام الإلكترونية عبر الشاشة هى وسيلة إنجاز تلك المعاملات بدلاً من الأوراق والسجلات المدونة والتوقيع بالأحرف. ولم يعد إستخدام الحاسب ووسائل الاتصال الحديثة مثل التلكس والفاكس والإنترنت قاصراً على الحكومات والمشروعات الكبرى والبنوك، بل إمتد ليشمل نسبة كبيرة من الأفراد فى المجتمع.

أمام هذا التطور المتزايد لوسائل التكنولوچيا الحديثة وهيمنتها على كافة جوانب الحياة المعاصرة، بما فيها الجانب القانونى، بات من الضرورى تطوير وسائل الإثبات التقليدية، وعدم الإقتصار على المحرر الورقى والتوقيع بالأحرف، بل إستيعاب المحررات الإلكترونية التى تعتمد على دعامات غير ورقية مصحوبة بالتوقيع الإلكترونى، فالقانون ظاهرة إجتماعية يستهدف تنظيم الحياة فى المجتمع ويتجاوب مع كافة العوامل الإجتماعية والسياسية والتقنية المؤثرة فيه.

(ب) أهمية ومخاطر الإثبات الإلكترونى:

إكتسبت وسائل الإثبات الإلكترونى مكانة هامة فى مجال المعاملات

التجارية التى تقوم على مبدأ حرية الإثبات، وبدأت التشريعات الدولية فى الإعتراف بها ومساواتها بطرق الإثبات التقليدية وأصبح كل من المحرر والتوقيع الإلكترونى يحظى بنفس حجية المحرر والتوقيع التقليدى.

إن تزايد كم البيانات والمعلومات المدونة عبر الأوراق والمستندات والكتب وتضخم حجمها وتراكمها يثير مشكلة كبيرة فى حفظها وتخزينها لفترة طويلة، حيث يصعب إيجاد المكان الكافى والملائم لدى المنشآت، وهو ما يطلق عليه بالأرشيف الذى يحتاج لمساحات كبيرة يتعذر توفيرها، لذا جاء الحاسب الآلى ليساهم فى حل تلك المشكلة حيث يحفظ المعلومات بداخله، دون حاجة إلى حيز أو حكم كبير، وظهرت فكرة السجلات والأرشيف الإلكترونى.

مما لا شك فيه أن الأسلوب الإلكترونى فى الكتابة والمحررات والتوقيع يصلح كوسيلة لإثبات جميع التصرفات القانونية فى كافة المعاملات المدنية والتجارية، ولكن التساؤل يثور بالنسبة للحالات التى يتطلب القانون فيها الكتابة كشرط لانعقاد التصرف. يصعب القول بصلاحية ذلك الأسلوب فى هذا المجال، بل يتعين إتباع النمط التقليدى فى الكتابة والتوثيق، حيث يترتب على تخلفه بطلان التصرف، ولا يمكن العدول عن ذلك إلا بنص صريح مع ضرورة إعادة هيكلة الدوائر والجهات الإدارية المختصة، مثل الشهر العقارى، والسجل التجارى، لإستيعاب تلك الأساليب الحديثة والعمل بها. ولاشك فى حتمية ذلك التطور لمواكبة تلك المستجدات على الصعيد العالمى، من خلال فكرة الحكومة والإدارة الإلكترونية.

ويتعين السير فى هذا الطريق إلى نهايته كى تستقر الشكليه الإلكترونية فى مجال التوثيق والمصالح الحكومية بكافة صورها حتى

تكتمل الدائرة، دون تفرقة فى هذا الصدد بين الحالات التى يشترط فيها القانون الكتابة للإثبات وتلك التى يقتضى فيها الكتابة كشرط لصحة إبرام التصرف، مع إمكانية المغايرة فى الأسلوب الإلكترنى فى الكتابة والتوثيق بين الحالتين تمشيًا مع الأهمية المضفاة على كل منها.

إن المعلومات والبيانات التى يتم تداولها وحفظها عبر الحاسب وشبكة النت يمكن التمسك بها فى ساحات المحاكم ويجوز للقاضى الارتكان إليها والثقة بها فى النزاع المعروض عليه بشرط أن يتم تسجيلها بأسلوب منظم وبطريقة جيدة ومأمونة، وإن كان ذلك لا يغلق الباب أما إحتمال وجود خطأ أو عيب فى عملية نقل المعلومات والبيانات سواء من جانب المصدر أو من جانب وسائل النقل والاتصال.

لا يخفى وجود بعض المخاطر التى تهدد سلامة وصحة المعلومات والبيانات الصادرة عن وسائل التقنية الحديثة فى الإثبات، مثل إحتمالات الخطأ البشرى أو الفنى فى إدخال البيان أو تصميم البرنامج أو نقل المعلومة أو حدوث أعطال تهدد سلامة تخزين البيانات، ولعل أهم هذه المخاطر هو التدليس والغش أو القرصنة بصدد نظم المعلومات حيث يمكن إختراقها والتلاعب بها وتزييف بطاقات الإئتمان وإطلاق الفيروس المعلوماتى على البرامج لإتلافها والنيل منها.

ولكن تلك المخاطر لم تمنع أو تحد من استخدام ذلك التطور التقنى، وتزايده وأهميته، حيث أصبح نتيجة حتمية للتقدم العلمى وجزءاً لا يتجزأ من المعاملات الإنسانية على كوكبنا المعاصر، ومن المقرر أنه لا يخلو أى نشاط إنسانى من المخاطر أو السلبيات، فالكتابة وطرق الإثبات التقليدية تتعرض بدورها للتلف والتزوير، ويحاول الإنسان جاهداً تأمين الوسائل المستخدمة وتفادى عيوبها.

إن النمو المضطرد للتجارة الإلكترونية يستوجب تأمين تلك

المعاملات من حيث ضمان سلامة المضمون المتبادل عبر النت من جهة ونسبته إلى صاحبه وسلامة التوقيع الإلكترونى الصادر عنه من جهة أخرى، حيث يمكن أن تثور ظلال الشك حول عناصر التصرف نظراً لإحتمال تعرضها للتبديل والتغيير عبر الإرسال، خاصة وأنها تتم عن بعد بين أطراف متباعدين غير متعارفين.

ثار الشك والحذر فى البداية بصدد الأسلوب الإلكترونى فى التعبير عن الإرادة والإثبات، ولكن المشرع المعاصر سرعان ما تدخل، إستجابة للواقع العملى، ليقر هذا التطور ومنح المحررات والكتابة والتوقيع الإلكترونى ذات الثقة والحجية الخاصة بالأساليب التقليدية وإشترط عدة ضوابط لضمان سلامتها. والواقع أن احتمالات التزوير فى الأساليب الحديثة ليست أكثر شيوعًا منها فى الأساليب التقليدية، واتجه البحث جليًا حول سبل تأمين الأسلوب الإلكترونى فى الإثبات ونسبة التوقيع إلى صاحبة وذلك من خلال الشفرات والمفاتيح السرية وسبل التحصين التى تمنع الاختراق والتلاعب.

(جـ) حجية الكتابة والمحررات الإلكتروينة:

يقصد بالكتابة الإلكترونية كل حروف أو أرقام أو رموز أو أى علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطى دلالة قابلة للإدراك. يتضح من ذلك التعريف أن تلك الكتابة تختلف عن التقليدية من عدة وجوه:

أولاً: تتمثل الكتابة العادية فى كيان مادى ملموس، ومن ثم تسهل قراءتها بالعين المجردة، أما الإلكترونية فتكون مسجلة على دعامة مغناطيسية، ولا يمكن قراءتها أو الإطلاع عليها إلا من خلال عرضها على شاشة الحاسب الآلى أو طبعها على ورق بواسطة الطابعة الملحقة بالحاسب.

ثانيًا: تتسم الكتابة التقليدية بصفة الدوام والثبات، فهى تكون بطريقة نهائية، ومن ثم يسهل كشف أى تلاعب أو تزوير فيها، بينما لا تتمتع الإلكترونية بهذه الصفة لأنها قابلة للمحو والتعديل والتلف دون ترك أثر ملحوظ يكشف التلاعب بها، خاصة إذا قام بذلك خبير أو مهنى متخصص فى الحاسب والمعلوماتية. ويمكن أن يتم ذلك أيضًا بسبب الخلل الفنى أو التقنى فى الأجهزة المستعملة، سواء تم ذلك تلقائيًا أو بفعل فاعل مصل إطلاق الڤيروس على البرنامج لتدميره.

أن المحرر الإلكترونى هو رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تندمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليًا أو جزئيًا بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة، ويتمثل المحرر غالبًا فى صورة سند يتم إنتاجه وحفظه من خلال الحاسب، مثل الرسالة أو العقد أو الصورة. وقد يتم إرسال المحرر الإلكترونى عبر الانترنت أو حفظه على إسطوانات ضوئية أو ممغنطة أو عن طريق التلكس أو الفاكس.

إنتشرت المحررات الإلكترونية وأصبحت واقعًا ملموسًا يستحيل تجاهلها، لذا بات من الضرورى إعادة النظر فى قواعد الإثبات لإستيعاب ذلك التطور التكنولوچى، وذلك من خلال تعديل بعض هذه القواعد أو إضافة قواعد أخرى إليها.

تدخل المشرع فى كثير من الدول المعاصرة ليضفى على المحرر الإلكترونى ذات الحجية المقررة للمحرر العرفى التقليدى بشرطين:

الأول: حفظ المحرز الإلكترونى بطريقة تضمن سلامته وتدل على مصداقيته وصلاحيته لمدة طويلة دون تلف أو تعديل تلقائى لمحتواه، ويترك أمر تلك المدة لقاضى الموضوع، ولكن لا ينبغى أن تقل عن فترة التقادم المدنية وهى، كقاعدة عامة، ١٥ سنة.

الثانى: إمكانية تحديد هوية الشخص المنسوب إليه المحرر بصورة قاطعة. ويتم ذلك عادة عن طريق التوقيع الإلكترونى الذى يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع وتمييزه عن غيره، فهو وسيلة موثوقة تضمن تمييز صاحبها وعلاقته بالمحرر أو التصرف القانونى المرتبط به.

يرتبط التوقيع كقاعدة عامة، بالموقع وحده دون غيره. تقوم الصلة الوثيقة بين التوقيع ومضمون المحرر المنسوب للموقع، حيث يلتزم الأخير بذلك المضمون الذى وقع عليه.

وينبغى لذلك سيطرة الموقع على الوسيط الإلكترونى على نحو يطمئن إلى سلامة توقيعه وعدم تعرضه، فى صورته السرية الخاصة لأى تلاعب أو تزوير، كى نضمن نسب التوقيع لصاحبه وإرتباطه بمضمون المحرر.

وبالنسبة للمحررات الإلكترونية الخالية من التوقيع فيمكن أن تصلح كمبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت صادرة ماديًا أو معنويًا، من الخصم الذى يراد الاحتجاج بها عليه، وكان من شأنها أن تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال. مثال ذلك الرسائل المتبادلة عبر البريد الإلكترونى والمواقع على شبكة الانترنت، وعلى صعيد المعاملات التجارية يعتد بتلك الرسائل كوسيلة للإثبات ولو لم تحمل توقيع صاحبها. إن مجرد التعرف على صاحب الرسالة أو إدخال رقم بطاقة الدفع الخاص بالمتعامل عبر الإنترنت لا يقوم بنفس الدور الفعلى للتوقيع، ومن ثم لا يحظى التصرف غير المتوقع بالأمان الكافى فى الإثبات.

وكقاعدة عامة فإن اتفاق الأطراف المسبق على تنظيم أسلوب وطريقة الإثبات يعمل به فى مجال حرية الإثبات بعيداً عن نطاق القواعد الآمرة، لذلك يحرص المهنيون على اللجوء للشروط الإتفاقية المسبقة

لتنظيم إثبات الحقوق المتبادلة مع عملائهم عند حدوث النزاع. ويغلب ذلك فى مجال المعاملات التجارية الإلكترونية بصفة عامة. وتبدو أهمية هذا الاتفاق فى الدول التى يخلو تشريعها من وجود نص يضفى الحجية على المحررات الإلكترونية. لذا يجرى العمل على الإتفاق بين الشركات والبنوك والموردون من جهة والعملاء من جهة أخرى على إضفاء الحجية على المحررات الإلكترونية التى يتم التعامل بها فيما بينهم وإعتبارها دليلاً كاملاً فى الإثبات مساوية للمحررات العرفية، مما يسلب القاضى السلطة التقديرية فى تقدير حجيتها.

ولا شك فى صحة مثل هذا الاتفاق ما لم تتسم الشروط الواردة به بالتعسف من جهة، وتخالف النظام العام من جهة أخرى، وعدم المساس بحق الشخص، دائمًا، فى إثبات عكس ما ورد بالمحرر الإلكترونى أو عدم صحته، ذلك أن هذا الأمر يتعلق بمبدأ جوهرى من مبادئ الإثبات وهو الحق فى الإثبات الذى لا يمكن تقييده أو حرمان الشخص منه.

(د) حجية الصور والمستخرجات:

بات، من الضرورى العدول عن المبادئ التقليدية للإثبات إلى مبادئ أكثر تطوراً تسمح بقبول مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة كوسائل جديدة فى الإثبات، ويقصد بذلك الأوراق والمستندات المستخرجة من الحاسب الآلى، وهى تتضمن بيانات ومعلومات معينة يتم إدخالها وبرمجتها فيه واستخراجها عند اللزوم، وكذلك الحال بالنسبة لأجهزة الفاكس والتلكس.

هنا تثور قاعدة الدليل الأصل التى تعتمد على ضرورة تقديم أصل المحرر الذى يتم التمسك به فى الإثبات، حيث تعتبر مخرجات التقنيات الحديثة، غالبًا، صوراً لمستندات مسجلة على الحاسب أو بنك المعلومات أو الفاكس أو التلكس. وقد تم تسجيل البيانات وإستخراجها على

مستندات دون أن يكون لها محرر أصلي. ولا يقتصر الأمر على المستخرج المكتوب بل يشمل كذلك أي أسطوانة أو شريط أو تسجيل صوتي أو فيلم أو أي جهاز آخر يتضمن أصواتًا أو صوراً مرئية يمكن إعادة إنتاجها مرة أخرى. ومن ثم فإن المستخرجات قد تكون مكتوبة أو مسجلة بالصوت أو الصورة الفوتوغرافية وشرائط الڤيديو والراديو والأفلام والميكروفيلم.

يستقر القضاء بصفة عامة على أن الصورة يعتد بها، على سبيل الاستئناس في مجال الإثبات الحر أي بالنسبة للمعاملات التجارية والمدنية التي لا يتطلب فيها المشرع الكتابة للإثبات، حيث يتمتع القاضي بسلطة تقديرية كاملة في الاعتماد عليها كدليل مقترنة بالأدلة الأخرى المقدمة في الدعوى، فالصورة مجرد قرينة بسيطة أو دليل ناقص. أما في حالات وجوب الإثبات بالكتابة الرسمية أو العرفية فلا تصلح الصورة بدون الأصل لخلوها من التوقيع الأصلي للمنسوب إليه، إلا أنها يمكن أن تصح كمبدأ ثبوت بالكتابة.

وفي حالة عدم وجود نص ينظم حجية المستخرجات الإلكترونية، فإنه يتعين إعمال المبادئ السابقة، ومن ثم فإن المحررات المذكورة تخضع لتقدير القاضي في الإثبات من خلال بحث كافة الظروف التي أحاطت بتحريرها، ويمكن إعتبار مستخرجات التقنيات الحديثة بمثابة أصل طالما لم يثر الشك حول حجيتها، سواء تعلق الأمر بالحاسب الآلي أو الرسائل الإلكترونية والميكروفيلم وشبكة الإنترنت. وتتمتع الصورة بحجية في الإثبات طالما كانت مطابقة للأصل في الشكل والمضمون، وتتمتع بصفة الدوام والثبات.

يجرى العمل على إحتفاظ كل طرف في التصرف القانوني بنسخة منه لديه، كي تسهل المقارنة لإكتشاف أي تعديل أو تناقض. تثور

الصعوبة بالنسبة للمحرر الإلكترونى، حيث يعد إستخراج نسخة منه بمثابة صورة للأصل الموجود على الجهاز، هنا ينبغي ضمان سلامة هذا الأصل من خلال منع وصول أحد الطرفين إليه دون علم أو موافقة الطرف الآخر، بغض النظر عن مكان تواجده المادى. ويمكن إحتفاظ كل طرف بصورة مطابقة للأخرى ومعتمدة مما يضمن المقارنة وكشف أي تعديل أو تناقض.

ويمكن تأكيد حجية المستخرجات الإلكترونية عن طريق إتفاق الأطراف على ذلك ووضع الشروط والضوابط اللازمة فى هذا المجال.

ولا شك فى صحة مثل هذا الإتفاق، والذى قد يتم صراحة أو يستشف ضمنًا من توافق الأطراف، كما هو الحال فى المعاملات التجارية الإلكترونية بصفة عامة والبنكية بصفة خاصة، كما أشرنا من قبل.

(هـ) تأثير التطور التقنى على مبادئ الإثبات:

إن التطور التقنى لا يمس، كقاعدة عامة، المبادئ العامة فى الآثبات وإن كان من الضرورى، أحيانًا، تطوير تلك المبادئ لمواكبة مقتضيات المعاملات الإلكترونية والسبل العلمية الحديثة لإثباتها.

- يظل عبء الإثبات على عاتق المدعى. والأصل هو سلامة المحرر طبقًا للوضع الظاهر وعلى من يشكك فى صحته عبء إثبات ذلك. ومن ثم فإنه يُفترض صحة المحرر والتوقيع الإلكترونى من حيث الظاهر، لتأكيد الثقة فيهما، إلى أن يثبت العكس، ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق المدعى. ولاشك أن المدين بالأداء فى التصرف القانونى هو صاحب المصلحة الحقيقية، فى هذا الصدد سواء فيما يتعلق بمضمون المحرر أو بالتوقيع الإلكترونى حيث يمكن التلاعب بهما دون ترك أثر بسبب الطابع غير المادى لهما.

ويقتضى أى تعديل أو تزوير فى المضمون أو التوقيع. وقد يتم ذلك من خلال نظام الأرشيف والتوثيق الإلكترونى لدى جهات محايدة تتولى هذه المهمة، حيث يمكن الرجوع إليها فى كل حين لإجراء المطابقة وإستخراج صورة من الأصل الموجود لديها.

- إن لكل خصم الحق فى إثبات دعواه وذلك بإقامة الدليل على ما يدعيه، ولكن لا يجوز له أن يصطنع دليل إثبات بنفسه.

إهتز هذا المبدأ أمام إستخدام الوسائل التكنولوچية الحديثة فى الإثبات، كما هو الحال بصدد إيصالات السحب الآلى من البنوك، لأن البنك هو الذى يصدر الإيصال ويتمسك به فى مواجهة العميل عند حدوث نزاع بخصوص عملية السحب. فالبنك يسعى لتقديم الدليل على العمليات التى تمت مع عميله ويعد كشفًا بالخدمات التى قدمها له عن طريق أجهزة الحاسب الآلى التى يستخدمها. إن البنك هنا هو الذى يعد الدليل لنفسه. ولكن ينبغى التذكرة بأن هذا ما يجرى عليه العمل المصرفى بصفة عامة، ويجد أساسه فى القبول الضمنى للعميل لذلك عند بدء التعامل.

يجرى العمل على الإتفاق بين البنك والعميل، عند إصدار البطاقات البنكية الممغنطة، على تقرير الحجية الكاملة لمستخرجات البنك الآلية التى تثبت التعاملات المصرفية للعميل، بل أن الأمر قد يصل إلى حد الحجية المطلقة، أى حرمان العميل من إثبات عكس ما ورد بتلك المستخرجات. ونرى بطلان مثل هذه الفقرة الأخيرة لأنها تتسم بالتعسف من جهة ومخالفة المبادئ الأساسية فى الإثبات، وعلى رأسها الحق فى الإثبات الذى يتعلق بلا شك، بالنظام العام.

ونقرأ عادة ضمن شروط عقد البطاقة الصادر عن البنك الصيغة الآتية: «تعتبر كافة المبالغ المسحوبة بمعرفتى وفقًا لهذا النظام والتى تم

قيدها على حسابى بدفاتر البنك صحيحة وحجة عليَّ، ولا يحق لى الإعتراض عليها بأى وجه من وجوه الاعتراض أو المناقضة، وأسقط حقى من الآن فى الإدعاء بأن ما تم قيده فى الحساب يخالف ما تم تسجيله بمعرفتى على لوحة المفاتيح»، «أوافق من الآن على الإعتداد بالبيانات التى تدون على وسائط ممغنطة كوسيلة إثبات غير قابلة لإثبات العكس وذلك فى حالة حدوث نزاع بينى وبين البنك أمام القضاء».

(و) ماهية وصور التوقيع الإلكترونى:

هو كل ما يوضع على محرر إلكترونى ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع ويميزه عن غيره.

يتضح من ذلك أن التوقيع الإلكترونى يختلف عن التوقيع التقليدى من حيث الشكل لأن الأخير نتاج حركة يد الموقع فى صورة إمضاء أو ختم أو بصمة عبر وسيط مادى، غالبًا ما يكون دعامة ورقية، بينما يتم الأول عبر وسيط إلكترونى، من خلال أجهزة الحاسب الآلى والإنترنت أو على كاسيت أو إسطوانة، فهو مجموعة من الإجراءات يُعبر عنها بالكود على شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو شفرة أو حتى أصوات أو صور. إن هذا الفارق الجوهرى بين التوقيعين لا ينفى إتفاقهما من حيث الوظيفة والهدف ألا وهو تمييز شخصية صاحب التوقيع وهويته والإستيثاق من صدوره عنه والتعبير عن إرادته فى قبول الإلتزام بالتصرف القانونى المقترن به.

تتعدد صور التوقيع الإلكترونى بحسب الطريقة أو الأسلوب الذى يتم به، ولا شك أننا أمام تطور تقنى مستمر طبقًا للمتغيرات المذهلة

فى مجال نظم المعلومات، ومن أهم الصور المعروفة حتى الآن:

١- استخدام البطاقة الممغنطة والرقم السرى، وينتشر ذلك مع البنوك ومؤسسات الإئتمان حيث تصدر بطاقات لعملائها تمكنهم من سحب النقود من أجهزة البطاقة أيضًا لسداد ثمن السلع والخدمات من خلال جهاز معين لدى المحال التجارية.

٢- تحويل التوقيع اليدوى إلى توقيع إلكتروني، عن طريق التصوير بالماسح الضوئى ثم نقل الصورة إلى المحرر أو الملف المراد إضفاء الحجية عليه، ويتم ذلك عبر شبكة الإتصال الإلكترونى.

٣- التوقيع الرقمى، ويتم بتحويل المحرر والتوقيع، المكتوبين بالكتابة العادية، إلى معادلة رياضية وأرقام، عن طريق العمليات الحسابية واللوغاريتمات الرياضية. ويتم تشفير ذلك بمفتاحين، الأول عام يكون متاحًا للمتعاقد الآخر وكل من يرغب فى قراءة رسالة البيانات عبر الإنترنت، أما المفتاح الخاص فيحتفظ به صاحب التوقيع على وجه السرية. وعلى من يرغب فى الإلتزام بالمحرر أو الرسالة وضع مفتاحه الخاص، وبذلك يتم التوقيع وينغلق المحرر ولا يمكن المساس به أو تعديله إلا باستخدام المتعاصر للمفتاحين الخاصين بالطرفين.

٤- إستخدام الخواص الذاتية الجسمانية، مثل بصمة الإصبع وبصمة الشفاة ومسح شبكة العين ونبرة الصوت. ويتم أخذ صورة للخاصية وتخزينها داخل الحاسب فى نظام حفظ الذاكرة. وغالبًا ما يتم تشفير الصورة لمنع أى إستخدام غير مشروع لها ومحاولة العبث بها أو تغييرها. ونظراً لأن الخواص المميزة لكل شخص تختلف عن تلك التى تميز غيره، فإن التوقيع بها يعتبر وسيلة موثوق بها. ووفقًا لهذا الطريقة يتم تخزين بصمة الشخص داخل

الدائرة الإلكترونية للجهاز المراد التعامل معه بحيث لا يمكن أن يستجيب للشخص إلا بعد النطق بكلمات محددة أو بوضع البصمة أو المرور أمام الجهاز عندما يتأكد من عملية المطابقة الكاملة.

(ى) حجية التوقيع الإلكتروني:

إن وجود التوقيع الإلكترونى ضمن المحرر على وسيط إلكترونى غير مادى وإنفصاله عن شخص الموقع، قد يثير الشك حول مصداقيته فى تمييز هوية صاحبه وضمان إرتباطه بالتصرف القانونى، حيث يمكن للقراصنة إختراق نظم المعلومات ومعرفة التوقيع وفك شفرته وإستخدامه دون موافقة صاحبه، كل ذلك بخلاف التوقيع العادى الذى يتطلب الحضور الجسمانى لصاحبه مما يسهل التحقق منه، ويتم الإحتفاظ بنسخة من المحرر تكون بمنأى عن العبث والتغيير، ويمكن لخبراء الخطوط كشف أى تلاعب أو تزوير فى التوقيع.

إن مثل هذا التخوف رغم ما ينطوى عليه من بعض الصواب، لم يقف عقبة أمام إستخدام وسائل التكنولوچيا الحديثة فى مجال الإثبات.

إن مخاطر التزوير قائمة أيضًا بالنسبة للمحرر والتوقيع التقليدى على الورق، ومن ثم فإن الإثبات والتوقيع بالأسلوب الإلكترونى بات حقيقة حتمية لا يمكن الاستغناء عنها فى ظل نظم المعلومات والعولمة. إن الخوف لا يمنع التقدم العلمى، بل تتزايد الجهود المبذولة من جانب العلماء فى إستخدام وسائل التكنولوچيا الحديثة لتوفير الأمان والضمانات اللازمة لأساليب الإثبات والتوقيع الإلكترونى بغرض تحديد هوية الموقع ومحاربة القرصنة الإلكترونية. لذا ظهرت الكثير من التقنيات المتطورة والبرامج الأمنية والشركات المتخصصة للقيام بهذا الدور.

توالت التشريعات المعاصرة فى تبنى الإثبات بوسائل التكنولوچيا الحديثة وإضفاء الحجية على المحرر والتوقيع الإلكترونى بشرط مراعاة المواصفات والمقتضيات التى تضمن تحديد هوية الموقع وإلتزامه بمضمون المحرر المرتبط به وتمكينه من الاحتفاظ بتوقيعه والسيطرة عليه بشكل حصرى وأن تكون لديه الوسائل المناسبة لكشف أى تعديل أو تلاعب به. وتتولى هذه المهمة جهات تنشأ للتوثيق أو لتقديم خدمة التصديق الإلكترونى، وهى تعمل بترخيص وتحت إشراف السلطة التنفيذية، وتقوم هذه الجهات بتقديم شهادة إلكترونية لتأكيد هوية الموقع وصفته وصحة توقيعه ونسبة رسالة البيانات أو العقد إلى صاحبه. يتضح من ذلك أن التوقيع الإلكترونى يستمد حجيته فى تلك الدول من التشريع الصادر فيها وطبقًا للضوابط والإجراءات المقررة فيه.

أما عن الدول التى لم يصدر فيها قانون يقر حجية المحرر والتوقيع الإلكترونى، فإن هذه الحجية يمكن أن تستمد من إتفاق الأطراف المسبق على ذلك إستناداً إلى مبدأ صلاحية الإتفاقات المعدلة لقواعد الإثبات الموضوعية، كما رأينا بصدد المعاملات البنكية. وفى حالة عدم وجود إتفاق فإنه يجوز الإثبات بالوسائل الإلكترونية فى الحالات التى يقبل فيها إثبات التصرفات القانونية بغير الكتابة. وعلى أية حال فإنه يجوز لقاضى الموضوع أن يستخلص، فى غير الحالات السابقة، مبدأ الثبوت بالكتابة من المحرر أو التوقيع الإلكترونى، بحيث يجوز للخصم الذى يتمسك بهذا المبدأ تكملته وتعزيزه بالبينة والقرائن.

تم بحمد الله

﴿الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله﴾

الفهرس

الموضـــوع | الصفحة

الفصل الثانى

نظرية الحق

الفصل الثالث

مصادر الإلتزام

الموضــوع	الصفحة

الموضــوع | الصفحة

الفصل الخامس

مبادئ الإثبات

رقم إيداع محلي	٣٤٣٣- ٢٠٠٥
ترقيم دولي	I S B N 977 - 328 - 150- 7